

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL



TESIS DOCTORAL

La alevosía. Su fundamento y análisis desde los fines de la pena

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Luis Iván Masip de la Rosa

DIRECTORA

Pilar Gómez Pavón

Madrid, 2017

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL



**LA ALEVOSÍA. SU FUNDAMENTO Y ANÁLISIS
DESDE LOS FINES DE LA PENA**

TESIS DOCTORAL

Presentada por

LUIS IVÁN MASIP DE LA ROSA

Dirigida por

DRA. D^a. PILAR GÓMEZ PAVÓN

MADRID, 2015

Tesis que para obtener el título de Doctor en Derecho
presenta D. Luis Iván Masip de la Rosa,
bajo la dirección de la doctora
D^a. Pilar Gómez Pavón

Madrid, 2015

*A Pepe y Santi, porque no lo esperan
y además lo merecen*

ABREVIATURAS

§	Artículo del Código penal alemán / párrafo
Abs.	Absatz (párrafo)
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
Art.	Artículo
Bd.	Band (Tomo)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Federal [alemán])
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (recopilación de sentencias del Tribunal Federal alemán en asuntos penales)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (recopilación de sentencias del Tribunal Constitucional alemán)
BT	Besonderer Teil (Parte especial)
Cap.	Capítulo
Cfr.	Confrontar
Coord. / Coords.	Coordinador / Coordinadores
CP	Código penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
Dahs-FS	Festschrift für Hans Dahs (Libro Homenaje a Hans Dahs)
Dir. / Dirs.	Director / Directores

Edit.	Editorial
Ed. / Eds.	Editor / Editores
Etc.	Etcétera
Fasc.	Fascículo
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
JR	Juristische Rundschau
Küper-FS	Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag (Libro Homenaje a Mayer en su 70 cumpleaños)
LO	Ley Orgánica
LECriminal	Ley de Enjuiciamiento Criminal
Mayer-FS	Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965 (Libro Homenaje a Mayer en su 70 cumpleaños el 1 de mayo de 1965)
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix. Barcelona
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
Nm.	Número marginal
Num. / Nums.	Número / Números

Ob. cit.	Obra citada
Parr.	Párrafo
PG	Parte General
PE	Parte Especial
P. ej.	Por ejemplo
Pág. / Págs.	Página / Páginas
RAE	Real Academia de la Lengua
RDPP	Revista de Derecho y Proceso penal
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
Rspr.	Rechtsprechung (Jurisprudencia)
S. / SS.	Siguiente / Siguientes
Schröder-GS	Gedächtnisschrift für Horst Schröder (Libro en memoria de Horst Schröder)
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS / SSTs	Sentencia del Tribunal Supremo / Sentencias del Tribunal Supremo
STDEH	Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán)
V. gr.	Verbigracia
Vid.	Véase
Vol.	Volumen

Widmaier-FS	Festschrift für Günther Widmaier zum 70. Geburtstag (Libro Homenaje a Günther Widemaier en su 70 cumpleaños)
ZStW	Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft
z. B.	Zum Beispiel (por ejemplo)

Índice de contenido

ABREVIATURAS.....	5
RESUMEN.....	13
ABSTRACT.....	17
BIBLIOGRAFÍA DESTACADA.....	21
CAPÍTULO 1. El fundamento de una circunstancia.....	27
1.1 Cuestiones previas.....	30
1.1.a) El sentido sobre la investigación del fundamento.....	30
1.1.b) El método de investigación del fundamento.....	33
i.) El método mayoritario de la doctrina respecto al fundamento de las circunstancias.....	34
ii) La inviabilidad del método mayoritario de la doctrina.....	37
iii) El papel del fundamento en el método de la ciencia del Derecho penal.....	39
iv) El fundamento normativo respecto de la tarea del Derecho penal.....	50
1.2 Los fines de la pena como fundamento (de interpretación).....	53
1.2.a) Breve consideración sobre los fines de la pena.....	53
1.2.b) Los fines de la pena como instrumentos de interpretación de normas.....	72
1.2.c) La interpretación de las circunstancias modificativas a partir de los fines de la pena.....	79
i) La interpretación de las circunstancias modificativas desde la retribución..	84
ii) La interpretación de las circunstancias modificativas desde la prevención..	85
1.2.d) La interpretación de la alevosía a partir de los fines de la pena.....	90
1.3 La mayor gravedad del delito como fundamento retributivo/preventivo de la alevosía.....	92
1.3.a) Planteamiento.....	92
1.3.b) La solución de un especial (y directo) peligro para el bien jurídico.....	97
i) El “peligro directo”.....	98
ii) El “peligro especial”.....	100
iii) Conclusión.....	105
1.3.c) La solución de la (ruptura de la) confianza.....	107
i) La confianza de base psicológica.....	110
ii) La confianza de carácter moral.....	111
iii) La confianza jurídico-normativa.....	115
iii.a) “Los modelos socialmente positivos” de Meyer.....	116
iii.b) “La invocación de la comunidad” de Jakobs.....	119
iv) Conclusión.....	124
1.3.d) La solución de la victimología o victimo-dogmática.....	127
i) “La exclusiva responsabilidad del autor” de Müssig.....	128
ii) Crítica a la posición de “exclusiva responsabilidad del autor” de Müssig.	133
iii) Conclusión.....	139

1.3.e) La solución propia: La alevosía como inversión de la legítima defensa....	140
i) ¿Deber o derecho de la víctima a defenderse?.....	140
ii) La solución de la legítima defensa invertida.....	142
iii) La compatibilidad de nuestra solución con el concepto legal y jurisprudencial de alevosía.....	148
1.4 Conclusión.....	156
CAPÍTULO 2. Los elemento de la definición de alevosía.....	159
2.1 Introducción.....	159
2.2 Aspectos formales y materiales de la alevosía.....	167
2.2 a) La forma de la alevosía.....	171
i) El empleo de «medios, modos o formas».....	172
ii) La eliminación de la defensa del ofendido.....	201
2.2 b) La materia de la alevosía.....	220
iii) El aseguramiento de la ejecución de un delito contra las personas.....	220
2.3 Aspectos subjetivos de la alevosía.....	231
2.3 a) El doble objeto del dolo.....	232
i) El aspecto subjetivo de los elementos formales de la alevosía.....	237
ii) El aspecto subjetivo del elemento material de la alevosía.....	244
2.3 b) ¿Un ánimo especial?.....	263
2.3 c) El error en la alevosía.....	289
CAPÍTULO 3. El ámbito de aplicación de la alevosía.....	301
3.1 Introducción: Los delitos contra las personas.....	301
3.2 Las razones (o principios) de inaplicación de la circunstancia agravante.....	314
3.3 Examen particularizado de los delitos contra la persona vida, integridad física y salud.....	320
3.3.a) El homicidio.....	321
3.3.b) El asesinato.....	322
3.3.c) Las otras formas cualificadas de homicidio (doloso).....	336
3.3.d) La inducción y la cooperación al suicidio.....	338
3.3.e) El aborto.....	342
3.3.f) Las lesiones.....	351
i) Las lesiones básicas del 147.1 párrafo 1º.....	353
ii) La acumulación de faltas de lesiones del 147.1 párrafo 2º.....	354
iii) Las lesiones privilegiadas del 147.2.....	356
iv) Las lesiones cualificadas del 148.....	357
v) Las lesiones cualificadas por el resultado del 149 y del 150.....	365
vi) El delito del 153: La falta del 617 sobre persona allegada.....	365
vii) La riña del 154.....	367
viii) Las lesiones al feto del 157 y del 158.....	368
ix) Las lesiones consentidas del 155 y del 156.....	369
3.3.g) Breve referencia a los delitos contra la seguridad colectiva.....	369
3.4. Toma de postura: una propuesta acerca del ámbito de aplicación de la alevosía	370

CAPÍTULO 4. Las modalidades de la alevosía.....	377
4.1 Introducción: El concepto legal de alevosía frente al jurisprudencial.....	377
4.2 La alevosía proditoria o traicionera.....	382
4.2 La alevosía sorpresiva.....	391
4.3 La alevosía por desvalimiento.....	411
4.4 Una modalidad especial: La alevosía doméstica o convivencial.....	440
CONCLUSIONES.....	447
BIBLIOGRAFÍA.....	483
ÍNDICE DE SENTENCIAS.....	525

RESUMEN

LA ALEVOSÍA. SU FUNDAMENTO Y ANÁLISIS DESDE LOS FINES DE LA PENA

Introducción

Hace casi treinta años que fue publicada en nuestro país la última monografía dedicada a la alevosía, aunque ha sido objeto de análisis en artículos doctrinales y obras generales. Este hecho por sí sólo parece evidenciar un cierto olvido en la dogmática de una circunstancia que ha acompañado desde sus orígenes a nuestra legislación penal. Quizá este olvido se deba a las muchas voces que con fuerza se han alzado en la doctrina penal en contra de la pervivencia de la alevosía en nuestro Código penal, voces que han podido sin duda provocar el desinterés en el estudio de una circunstancia que, al fin y al cabo, tenía sus “días contados”. Es cierto, la alevosía no atraviesa su mejor momento. Y sin embargo la tesis aquí defendida prefiere caminar por otros senderos en los que la circunstancia de alevosía es considerada como un *ius perennis*, es decir, un concepto jurídico ahistórico de nuestra ciencia, como por otra parte bien parece demostrar su larga y continua presencia en nuestra legislación penal histórica. Esta tesis, seguramente polémica, debe no obstante ser explicada y desarrollada. A ello se dedica buena parte del trabajo sobre todo en su primera parte. Por ahora baste con adelantar que si la legítima defensa es un derecho unánimemente reconocido en la ciencia penal y protegido positivamente en nuestro Código penal, entonces la infracción de este derecho debe necesariamente aparejar consecuencias jurídico-penales. La toma en cuenta de estas consecuencias es precisamente el papel legítimo —pero no otro, pues si fuera otro quizá la existencia positiva de la circunstancia no sería ya defendible— que ha de jugar la alevosía en nuestra legislación penal.

Objetivos

Los objetivos de este trabajo pueden ser sistemáticamente organizados con arreglo a los capítulos de los que se compone. La finalidad primordial del primer capítulo ha consistido en localizar un fundamento que hiciera asumible *teóricamente* desde la perspectiva de la dogmática penal una circunstancia de alevosía muchas veces

discutida y puesta en duda. Se ha tratado así de demostrar que la alevosía tiene una razón de ser *teórica* vinculada al derecho de legítima defensa, que va más allá del corto aliento que podría proporcionar su mera existencia en la regulación *positiva*. El segundo capítulo ha tenido el objetivo de llevar a cabo un análisis de los elementos de la definición de la alevosía prevista en el artículo 22.1 del Código penal. Los puntos conflictivos se han resuelto tomando como clave interpretativa el fundamento adoptado para la circunstancia en el primer capítulo. En el tercer capítulo se ha pretendido abordar una cuestión no suficientemente aclarada en la regulación del Código de la alevosía; el ámbito de aplicación de la circunstancia. La decisión del legislador de restringir la aplicación de la circunstancia exclusivamente a los delitos *contra las personas* parece revelar la voluntad de impedir la vulneración de la legítima defensa justamente en aquellos ataques —*contra la vida, la integridad física y la salud*— donde este derecho se muestra especialmente merecedor de protección. Por último el cuarto capítulo se dedica a analizar las modalidades de alevosía que tradicionalmente ha identificado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en nuestro país. De nuevo se ha empleado como criterio interpretativo desde el que enjuiciar la legitimidad de cada una de las modalidades jurisprudenciales el fundamento de la circunstancia.

Metodología

Como queda expuesto en el primer capítulo, el método adoptado en el trabajo es el *tradicional* en la dogmática penal y por tanto basado en la interpretación literal, histórica, sistemática y teleológica, pero con la *particularidad* de que el criterio teleológico-normativo (la tarea del Derecho penal) pasa a constituirse en el principio interpretativo *fundamental*.

En cuanto a las fuentes bibliográficas y otros materiales utilizados en la elaboración de la tesis es preciso distinguir entre la doctrina penal, la jurisprudencia y los textos legales. Respecto a la primera se ha consultado de manera prioritaria la bibliografía de los autores españoles, prestando como es lógico una especial atención a las monografías y artículos dedicados a la circunstancia de alevosía. En segundo lugar se ha acudido a la doctrina penal de países que en el ámbito europeo guardan un mayor vínculo y proximidad con nuestro sistema penal. Aquí el lugar preferente lo han

ocupado los autores alemanes y en concreto sus textos dedicados a la figura del asesinato alevoso [*Mord aus Heimtücke*], pero también se han empleado en ocasiones las aportaciones de la doctrina italiana, concretamente en relación con la circunstancia agravante —análoga a nuestra alevosía— de la defensa disminuida [*minorata difesa*]. En el caso de la jurisprudencia, se ha pretendido otorgar un lugar destacado a las sentencias del Tribunal Supremo mediante un estudio, que ha pretendido ser exhaustivo, de los últimos cinco años de la doctrina jurisprudencial sobre la alevosía. La importancia dada en este trabajo a la jurisprudencia no sólo debe medirse por la inclusión de un índice de sentencias recogido al final del trabajo, sino además por la utilización frecuente de los puntos de vista del Tribunal Supremo para reforzar o confirmar las propias conclusiones, aunque sea también cierto que en otras ocasiones las posiciones jurisprudenciales, aunque tomadas en cuenta, no se han podido compartir. Por último y respecto a los textos legales, evidentemente el actual Código penal —concretamente el artículo 22.1 y los artículos que regulan los delitos contra la vida, la integridad física y la salud— ha constituido el objeto principal de estudio, pero debe hacerse sin embargo un par de observaciones; primera que también se han utilizado —sobre todo en el tercer capítulo— Códigos penales anteriores y segunda que se ha tratado de tomar en cuenta las recientes modificaciones introducidas en el Código vigente por la Ley Orgánica 1/2015 de 15 de marzo en lo que pudieran afectar de manera más o menos directa a la circunstancia de la alevosía.

Resultados y conclusiones

Entre los resultados del trabajo destacan por su mayor relevancia los mencionados a continuación. En el primer capítulo se ha llegado a la conclusión de que la existencia de la circunstancia de alevosía, al margen de la razón de su regulación positiva, cuenta con un fundamento teórico consistente en retribuir o prevenir (proporcionada o eficazmente) un delito que se ha convertido en más grave porque se ha infringido el derecho de la víctima a ejercer su defensa. En el segundo capítulo aparece como relevante una doble conclusión; desde el punto de vista objetivo que sólo son medios alevosos aquellos que aseguran la ejecución del correspondiente delito contra las personas *mediante* la eliminación de la (legítima) defensa de la víctima, y desde el punto de vista subjetivo que la alevosía es compatible con un dolo eventual respecto del

delito contra las personas en que concurre, no siendo además necesario un ánimo especial (cobardía, perversidad, abyección, etc.) para apreciar la circunstancia. En el tercer capítulo dedicado al ámbito de aplicación de la alevosía se ha llegado al resultado, como suele ser habitual en la doctrina, de que los delitos contra las *personas* se identifican exclusivamente con aquellos que atacan *la vida, la integridad física y la salud*, y se ha propuesto que la alevosía debería desaparecer como circunstancia agravante genérica —dado que en realidad no es una circunstancia genérica sino específicamente aplicable a muy pocos delitos y que su existencia como agravante genérica introduce distorsiones valorativas con los casos en que concurre como cualificante—, debiendo mantenerse únicamente como circunstancia cualificante en determinados tipos especiales, en concreto el asesinato, las lesiones y probablemente el aborto no consentido. En el último capítulo que trata sobre las modalidades jurisprudenciales de la alevosía, se han rechazado dos de ellas; la alevosía por desvalimiento y la alevosía convivencial o doméstica. En cuanto a la primera, la razón del rechazo radica en que aquí el autor no elimina el derecho de la víctima a defenderse, sino que sólo ocurre que ésta por su propia condición de desvalimiento se encuentra incapacitada para ejercerlo. Respecto a la alevosía convivencial o doméstica el rechazo tiene que ver con que su aplicación paradójicamente parece obtener un resultado justamente contrario al que en principio se pretende de garantizar una mejor protección de las víctimas de violencia de género. En cambio se admite la modalidad proditoria o traicionera y también la sorpresiva, si bien ambas se reconducen a la razón última de la eliminación de la legítima defensa; sin esta eliminación a pesar de la traición o sorpresa no se podrá apreciar alevosía. Finalmente también se ofrece en este capítulo una distinción entre las figuras de alevosía, abuso de superioridad y desvalimiento con base en el criterio de la eliminación de la legítima defensa.

ABSTRACT

TREACHERY. ITS BASIS AND ANALYSIS FROM THE PURPOSES OF PENALTY

Introduction

It has been nearly thirty years since the last monograph on treachery was published in our country, although it has been analysed in doctrinal articles and general works. This fact in itself seems to demonstrate some kind of oblivion in the dogmatics of a circumstance which has accompanied our criminal law from its origins. This oblivion might be due to many of the voices which have been strongly raised in the criminal doctrine against the survival of treachery in our Criminal Code. These voices have doubtlessly provoked the disinterest in the study of a circumstance which, after all, has its “days numbered”. It is true, that treachery is not in a good situation. However, the thesis, which I am defending, prefers to walk along other ways in which the circumstance of treachery is considered as an *ius perennis*, that is, a legal unhistorical concept from our science. But, on the other hand, it seems to demonstrate its long and continuous presence in our criminal historical law. Nevertheless, this thesis, surely polemic, must be explained and developed. The first part of this work is mostly focused on this aspect.

For the moment it is only necessary to advance that if self-defence is a right unanimously acknowledged in criminal science and protected in our Criminal Code positively, therefore, the offence of this right must necessarily entails legal-criminal consequences. To take into account these consequences is precisely the legitimate role – but not another one, because if it was a different one the positive existence of the circumstance may no longer be defensible – which treachery has to play in our criminal law.

Objectives

The objectives of this study can be systematically organised in accordance with the chapters in which is composed of. The main purpose of the first chapter has consisted in finding a basis which made acceptable *theoretically* a circumstance of treachery which had been discussed and questioned many times from the point of view of the criminal dogmatics. Thus, it has been intended to demonstrate that treachery has a theoretical reason for being linked to the right of legitimate defence, which goes beyond the short life which its simple existence could provide in the positive regulation. The purpose of the second chapter is to analyse the elements of the definition of treachery in accordance with article 22.1 of the Criminal Code. The difficult points have been solved taking as interpretative key the basis adopted for the circumstance in the first chapter.

In the third chapter, the objective has been to tackle a question not clear enough in the regulation of the Code of treachery; the field of application of the circumstance. The decision of the legislator of restricting the application of the circumstance only and exclusively to the crimes against persons seems to reveal the will of impeding the infringement of the legitimate defence exactly in those attacks – against life, physical integrity and health – where this right needs more protection. Finally, the forth chapter is focused on studying the modalities of treachery which the jurisprudence of the Supreme Court of our country has traditionally identified. It has been again used the basis of the circumstance as interpretative criterion from which to judge the legitimacy of each of the case law modalities.

Methodology

As it is exposed in the first chapter, the method adopted in the study is the *traditional* in criminal dogmatics and therefore, it is based on the literal, historical, systematic and theological interpretation but with the peculiarity that the normative-theological criterion (the task of the criminal Law) becomes the main interpretative principle.

Concerning the bibliography and other materials used when writing this thesis, it is necessary to distinguish among criminal doctrine, jurisprudence and legal texts. With

respect to the first one, it has been principally consulted the biography of the Spanish writers, especially focusing, of course, on the monographs and articles on the circumstance of treachery. Secondly, it has been researched on the criminal doctrine of countries which, at European level, are more linked and close to our criminal system.

Here, it is important to highlight the German writers and concretely their texts on the treacherous murder [*Mord aus Heimtücke*], but in some occasions some information of the Italian doctrine has also been used, specifically those in relation with the aggravated circumstance – similar to our treachery – of the decreased defence [*minorata difesa*]. In case of jurisprudence, it has been intended to give a prominent place to the sentences of the Supreme Court by means of a study, with the purpose of being exhausted, of the last five years of the case law doctrine on treachery. It is important that jurisprudence is not only taken into account because of an index of sentences at the end of the study but also for the frequent use of the points of view of the Supreme Court to reinforce and confirm their own conclusions. In spite of the fact that it is also true that in other occasions the case law opinions have not been shared but taken into account. Lastly and regarding legal texts, the current Criminal Code – concretely article 22.1 and the articles which regulate the crimes against life, physical integrity and health – have been the main goal of this study, however, a couple of remarks must be done; first, it has also been used -above all in the third chapter- former Criminal Codes and second, that it has been intended to take into account the recent modifications introduced in the Code in force by the Organic Law 1/2015 15th March which could affect directly or indirectly to the circumstance of treachery.

Results and conclusions

Among the results of the work, it is essential to mention the following ones due to their great relevance. In the first chapter it has come to the conclusion that the existence of the circumstance of treachery, outside of the reason of its positive regulation, relies on a theoretical basis consisting in rewarding or preventing (proportionally or effectively) a crime which has become more serious because the right of the victim to exercise his/her of defence has been infringed. In the second chapter, it is relevant to mention a double conclusion; from the objective point of view that are

only regarded as treacherous means those which assure the execution of the corresponding crime against persons *by means of* eliminating of the (self) defence of the victim and from the subjective point of view that treachery is compatible with an occasional malice regarding the crime against the persons involved, not being necessary a special intention (cowardice, depravity, abjection, etc.) to appreciate the circumstance. In the third chapter about the scope of treachery, it has been reached the result, as usual in doctrine, that crimes against persons are exclusively identified with those which attack *life, physical integrity and health*. It has been proposed that treachery should disappear as generic aggravating circumstance – given that it is not actually a generic circumstance but specifically applicable to a very few crimes and that its existence as generic aggravating circumstance introduces appreciatory distortions with the cases in which is present as qualifying. This must be only regarded as qualifying circumstance in certain special types, in particular murder, injuries and probably non-consented abortion. In the last chapter which is about case law modalities of the treachery, two of them have been rejected; treachery for helplessness and family treachery or domestic. Concerning the first one, the reason to be rejected is because in this case the perpetrator does not eliminate the right of the victim to defend himself/herself but it only happens that he/she, due to his/her condition of helplessness, is unable to exercise it. With respect to family or domestic treachery, it is rejected because its application paradoxically seems to cause a result exactly the opposite the one first was intended to guarantee a better protection of the domestic violence victims. On the contrary, the treasonable or traitorous modality and the unexpected one are admitted too, although both are redirected to the ultimate reason of the elimination of the self-defence; without this elimination, despite betrayal or surprise, no treachery can be appreciated. Finally, in this chapter it is also offered a distinction among the concepts of treachery, abuse of authority and helplessness basing on the criterion of the elimination of self-defence.

BIBLIOGRAFÍA DESTACADA

- ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La Alevosía (Estudio de determinados aspectos de la Agravante del N.º 1 del Código Penal)*, con Prólogo de Manuel Cobo del Rosal, Edit.: Universidad de Valencia, Valencia, 1982.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Javier, «Artículo 10.1», en Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / Luis RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), *Código Penal Comentado*, Edit.: Akal, Madrid, 1990.
- BISACCI, Maria Chiara, «L'elemento soggettivo nella aggravante della minorata difesa», en *Cassazione penale*, fasc. 2, 1999.
- CAMARGO HERNÁNDEZ, César, *La alevosía*, Edit.: Bosch, Barcelona, 1953.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «Por una nueva regulación de los delitos contra la vida», en *Propostes per a la Reforma Penal*, Recopilación de Ponencias, Edit.: litre. Colegio de Abogados de Barcelona, 1991.
- CÓRDOBA RODA, Juan, «Artículo 22.1», en Juan CÓRDOBA RODA / Mercedes GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte General (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio)*, Edit.: Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., «Artículo 22.1», en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, artículos 19 a 23, Edit.: Edersa, Madrid, 1999.
- DEL ROSAL FERNÁNDEZ, Juan, «Alevosía, atenuante análoga y encubrimiento en el delito de robo con homicidio», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Tomo 5, Núm. 1, 1952.
- FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código Penal, Tomo I*, Edit.: Sucesores de Nogues, 1ª edición, Murcia, 1946.

- GEILEN, Bernd, «Heimtücke und kein Ende. Zur Agonie eines Mordmerkmals», en Walter STREE / Theodor LENCKNER / Peter CRAMER / Albin ESER (edits.), *Gedächtnisschrift für Horst Schröder (Schröder-GS)*, Edit.: Beck, Múnich, 1978.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Tomo 20, Núm. 1-2, 1967.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo 43, Núm. 2, 1990.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Concepto y Método de la ciencia del Derecho penal*, Edit.: Tecnos, Madrid, 1999.
- GÓMEZ RIVERO, Carmen, «Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal», en *Revista de Derecho y Proceso penal (RDPP)*, Núm. 4, 2000.
- GRÜNEWALD, Anette, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, Edit.: Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- HASSEMER, Winfried, «Die Mordmerkmale, insbesondere „heimtückisch“ und „niedrige Beweggründe“ - BGHSt 23, 119», en *Juristische Schulung (JuS)*, Cuaderno 12, 1971.
- JAKOBS, Günther, «Anmerkung zum BGH-Urteil vom 4.7.1984 – 3StR 199/84 (LG Mannheim)», en *Juristenzeitung (JZ)*, Tomo 39, 1985.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, «Anmerkung zum BGH-Beschluß vom 22.9.1956 – GSSt 1/56», en *Juristenzeitung (JZ)*, Tomo 12, 1957.

- JESCHECK, Hans-Heinrich, en Hans-Heinrich JESCHECK / Otto TRIFFTERER (eds.), *Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig? Dokumentation über die mündliche Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht am 22. und 23. März 1977*, Edit.: Nomos, Baden-Baden, 1977.
- JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, «El elemento psicológico en la alevosía», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Tomo 7, Núm. 3, 1954.
- KÜPER, Wilfried, «„Heimtücke“ als Mordmerkmal – Probleme und Strukturen», en *Juristische Schulung (JuS)*, Cuaderno 8, 2000.
- MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, Edit.: Comares, Granada, 1998.
- MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil. Ein Lehrbuch*, Edit.: C. F. Müller, 5ª edición ampliada y reelaborada, Karlsruhe, 1969.
- MEYER, Maria-Katharina, «Zu den Begriffen der Heimtücke und der Verdeckung einer Straftat», en *Juristische Rundschau (JR)*, Cuaderno 11, 1979.
- MEYER, Maria-Katharina, «Zu den Begriffen der Heimtücke und der Verdeckung einer Straftat», en *Juristische Rundschau (JR)*, Cuaderno 12, 1979.
- MÜSSIG, Bernd, «Normativierung der Mordmerkmale durch den Bundesgerichtshof? Kriterien der Tatverantwortung bzw. Tatverlassung als Interpretationsmuster für die Mordmerkmale», en Gunter WIDMAIER / Heiko LESCH / Bernd MÜSSIG / Rochus WALLAU (eds.), *Festschrift für Hans Dachs (Dachs-FS)*, Edit.: Dr. Otto Schmidt, Colonia, 2005.
- NUVOLONE, Pietro, «L'art. 61, n. 5 c.p. e il momento consumativo del reato», en *Rivista italiana di Diritto penale*, 1948.

- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Estudios sobre el delito de asesinato*, Edit.: B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2014.
- PUIG PEÑA, Federico, «Alevosía», en *Nueva Enciclopedia Jurídica (NEJ)*, Tomo II, Edit.: Francisco Seix, Barcelona, 1950.
- RAMAJOLI, Sergio, «Considerazioni sull'aggravante della minorata difesa», en *Archivio Penale*, Tomo II, 1954.
- RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (I)», en *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, Año 33º, 1979.
- RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (II)», en *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, Año 34º, 1980.
- ROXIN, Claus, «Anmerkung BGH, Urteil v. 12. 2. 2003 – 1 StR 403/02 (LG Nürnberg-Fürth) (Zu BGH 48 207)», en *Juristen Zeitung (JZ)*, Tomo 58, 2003.
- ROXIN, Claus, «Zur normativen Einschränkung des Heimtückemerkmals beim Mord», en *Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften. Festschrift für Günther Widmaier zum 70. Geburtstag (Widmaier-FS)*, Edit.: Carl Heymanns, Berlín, 2008.
- SANVICENTE SAMA, Alejandro, «Investigación del concepto jurisprudencial de la alevosía», en *Revista General de Derecho*, Año VI, Núm. 65, Febrero, 1950.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Edit.: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1958.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard, «Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 21. 6. 1977», en *Juristische Rundschau (JR)*, Cuaderno 7, 1978.

- SCHMOLLER, Kurt, «Überlegungen zur Neubestimmung des Mordmerkmals “heimtückisch”», en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Tomo 99, Cuaderno 3, 1987.
- SEGRELLES DE ARENAZA, Iñigo, «Artículo 22.1», en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, artículos 19 a 23, Edit.: Edersa, Madrid, 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Núm. 2, 2007.

CAPÍTULO 1

El fundamento de una circunstancia

Plus est hominem extinguere veneno quam occidere gladio

Codex repetitae praelectionis Lib. IX, Tít. 18, lee 1.^a

El objetivo que me propongo en este primer capítulo es encontrar el fundamento de la circunstancia de alevosía prevista en el artículo 22.1 del Código Penal. Quizá a alguien le parezca que esta tarea no debe resultar demasiado difícil, porque al fin y al cabo se trata de una circunstancia presente desde antiguo en nuestras leyes penales¹, sobre la que además parece existir una desaprobación social generalizada²; ¿a quién no le parecía más grave la conducta de quien mata a traición en comparación con la de quien enfrentó cara a cara a la víctima? Sin embargo, cuando desde la doctrina penal se trata de buscar el fundamento jurídico-penal de la circunstancia, las cosas distan mucho de ser sencillas. En la ciencia penal se han producido múltiples intentos para dotar de una base jurídica a la alevosía, pero todavía es un hecho que ninguno de ellos ha logrado convencer suficientemente a los penalistas, bastantes de los cuales siguen hoy pensando que la alevosía carece de un fundamento jurídico-penal plausible³. Tampoco

¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, con la colaboración de Fermín MORALES PRATS, Edit.: Aranzadi, 4ª edición revisada, ampliada y puesta al día, Navarra, 2010, pág. 794: «[...] la alevosía ha encabezado tradicionalmente el catálogo de las agravantes en nuestro derecho [...]». De forma más particularizada véase CAMARGO HERNÁNDEZ, César, *La alevosía*, Edit.: Bosch, Barcelona, 1953, capítulo primero, donde se ocupa de un estudio histórico en el que remonta las disposiciones referidas a la alevosía a los Fueros provinciales, pasando por el Fuero viejo y el Fuero real, las Partidas, la Novísima Recopilación hasta llegar a los diferentes Códigos penales. Igualmente véase MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, Edit.: Comares, Granada, 1998, capítulo primero.

² JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, «El elemento psicológico en la alevosía», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Tomo 7, Núm. 3, 1954, pág. 451: «La alevosía no es una palabra privativa de los juristas, no obstante su empaque técnico y mucho menos de los penalistas, aunque sean estos quienes la hayan estudiado con más cariño y la utilicen con mayor rigor didáctico o doctrinal. La alevosía se usa también por el vulgo —forma parte del *sermo vulgaris*—, con un significado equivalente al de los juristas, ya que es el pueblo, una de cuyas grandes creaciones son los idiomas, de donde sustrae su esencia o significado moral. En este sentido general sentido la alevosía se equipara, corrientemente, con la traición o la felonía y todo el mundo la usa cuando trata de condenar o denigrar a una persona o alguna de sus acciones o conducta calificándolas de solapada, taimada, pérfida, falsa, oscura, traidora, emboscada, felona...»

³ Así RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (I)», en *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, Año 33º, 1979, pág. 969 afirma «[l]a circunstancia de alevosía ha estado desde siempre expuesta a dudas [*Das Mordmerkmal der Heimtücke ist seit jeher Zweifeln ausgesetzt gewesen*]» y en nota 1 al pie recuerda que «[e]l proyecto [alemán de Código penal] de 1962 (art. 135) y el art. 100 párr. 2 del proyecto alternativo (PE, 1ª mitad del tomo, 1970) renunciaron incluso a esta circunstancia [*Der Entwurf 1962 (§ 135) und § 100 Abs. 2 des Alternativ-Entwurfs (BT, 1. Halbband,*

puede negarse que las voces críticas que se han alzado contra la circunstancia de alevosía no dejen de tener cierta fuerza de convicción. En nuestra doctrina CARBONELL MATEU ha criticado el sinsentido de una circunstancia con la que «se pretende que quien mata a otro lo haga poniéndose en peligro a sí mismo y tomando medidas que permitan a la víctima defenderse y evitar el resultado»⁴. De manera igualmente crítica QUINTANO RIPOLLÉS señaló las posibles “ventajas” de la muerte alevosa frente a otras formas no cualificadas, pues a su juicio «siempre habrá, sin duda, quien prefiera ser suprimido fugaz e indoloramente mediante un veneno o una inyección que no estrangulado o a palos o patadas, que, sin embargo, no son modalidades de asesinato»⁵. Tampoco la doctrina alemana ha sido ajena al argumento sobre el carácter preferible de la muerte

1970) *verzichten sogar auf dieses Merkmal*]). A favor de la supresión de la circunstancia de alevosía: ROXIN, Claus, «Zur normativen Einschränkung des Heimtückemerkmals beim Mord», en *Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften. Festschrift für Günther Widmaier zum 70. Geburtstag (Widmaier-FS)*, Edit.: Carl Heymanns, Berlín, 2008, pág. 744: «Si se toma todos estos argumentos a la vez, se tendría que decir que el legislador estaría bien aconsejado si suprimiera en una reforma de los delitos de homicidio la alevosía del tipo de asesinato [*Nimmt man alle diese Argumente zusammen, wird man sagen müssen, dass der Gesetzgeber gut beraten wäre, wenn er bei einer Reform der Tötungsdelikte die ‘Heimtücke’ aus dem Mordbestand streichen würde*]; JESCHECK, Hans-Heinrich, en Hans-Heinrich JESCHECK / Otto TRIFFTERER (eds.), *Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig? Dokumentation über die mündliche Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht am 22. und 23. März 1977*, Edit.: Nomos, Baden-Baden, 1977, pág. 133: «Con el tiempo deberían ser cambiadas o eliminadas del 211 [artículo del Código penal alemán (StGB) donde se regula la alevosía] las tres circunstancias impropias del asesinato [nombradas poco antes en la pág. 129: el homicidio alevoso, el homicidio con medios generalmente peligrosos y el homicidio con la intención de ocultar otro hecho penal] [*Auf die Dauer sollten die drei unspezifischen Mordmerkmale geändert oder aus 211 eliminiert werden*] [*die heimtückische Tötung, die Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln und die Tötung in der Absicht, eine andere Straftat zu verdecken*]; CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en Tomás Salvador VIVES ANTÓN, Enrique ORTOS BERENGUER, Juan Carlos CARBONELL MATEU, José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal. Parte Especial*, Edit.: Tirant lo Blanch, 3ª edición actualizada de acuerdo con la ley orgánica 5/2010, Valencia, 2010, pág. 79: «Resulta, por otra parte, y a nuestro entender criticable, la subsistencia de esta circunstancia para agravar la responsabilidad, no sólo por las razones ya apuntadas, sino también porque el sujeto que ha decidido realizar una conducta delictiva toma las medidas para hacerlo bien, asegurándose el resultado y evitando posibles respuestas. Considerar que esto debe agravar la pena es someter la regulación de los delitos contra la vida a una especie de reglamentación entre caballeros, por definición incompatible con las conductas que se pretenden regular»; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal* (4ª edición), ob. cit., págs. 793 y s.: «Por esa razón muchos han sido los penalistas que estiman contrario a sentido conceder efecto agravatorio a lo que no es sino la ‘normalidad’ del comportamiento criminal. No tiene que extrañar que el delincuente busque modos o formas de ejecución del delito que aseguren su ejecución Así [sic] como la falta de defensa por parte del ofendido (alevosía) pues lo ‘anormal’ sería lo contrario. Es decir, no debería determinar mayor gravedad del hecho el que su autor haya planeado las cosas de modo que el éxito fuese más seguro, pues no parece posible apreciar una cuota mayor de necesidad de prevención ni de incremento del injusto».

⁴ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «Por una nueva regulación de los delitos contra la vida», en *Propuestas per a la Reforma Penal*, Recopilación de Ponencias, Edit.: Iltre. Colegio de Abogados de Barcelona, 1991, pág. 9. La cita en el original está formulada en forma de pregunta.

⁵ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, I Infracciones contra la persona en su realidad física*, 2ª edición puesta al día por Enrique GIMBERNAT ORDEIG, Edit.: Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, pág. 284.

alevosa, como es el caso destacado de SCHMIDHÄUSER para quien «si uno ve el asunto desde la víctima, entonces las perspectivas de defensa frente a un bien (y modernamente) armado autor son de todas maneras escasas, y por lo demás la muerte a escondidas o por lo menos sorpresiva es para la víctima muchas veces todavía ‘mejor’ que la manifiesta que dado el caso la hacer cargar todavía con el miedo a la muerte»⁶. Pero si, en definitiva, la circunstancia por sí misma, según JESCHECK, no debe comportar una mayor gravedad es porque la alevosía «a veces no es en absoluto expresión de astucia y cobardía, sino simplemente el arma de los débiles y los indefensos frente al predominio, la violencia y la brutalidad»⁷. Y todo ello sin contar la consecuencia a que parece conducir la aplicación de la alevosía, pues como se pregunta NIESE «¿no se convierte entonces en alevosa toda muerte sin desafío manifiesto?»⁸. De ahí que a nadie extrañe, dadas las objeciones planteadas, que algunos autores a la hora de fundamentar la mayor gravedad de la alevosía hayan terminado recurriendo a la ayuda de las razones justificativas de otras circunstancias⁹.

⁶ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Edit.: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1958, pág. 233: «*Sieht man die Dinge vom Opfer her, so sind gegenüber einem gut (und modern) bewaffneten Täter die Verteidigungsaussichten ohnehin ganz gering, und im übrigen ist für das Opfer die heimliche oder wenigstens überraschende Tötung vielfach immer noch ‚besser‘ als die offene, die ihm u. U. noch die Todesangst auflädt*». De la misma opinión OTTO, Harro, «Straftaten gegen das Leben», en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Tomo 83, Cuaderno 1, 1971, pág. 63.

⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich, «Anmerkung zum BGH-Beschluß vom 22.9.1956 – GSSt 1/56», en *Juristenzeitung (JZ)*, Tomo 12, 1957, pág. 387: «*[Heimtücke] manchmal gar nicht Ausdruck von Verschlagenheit und Feigheit ist, sondern einfach die Waffe des Schwachen und Wehrlosen gegen Übermacht, Gewalt und Brutalität*»

⁸ NIESE, Werner, «Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Bd. 3 der Amtlichen Sammlung – Entscheidungen zum materiellen Strafrecht)», en *Juristenzeitung (JZ)*, Tomo 8, 1953, pág. 549, quien se hace la pregunta arriba citada («*[Wird dann nicht jede Tötung ohne ‘offene Kampfansage’ heimtückisch?]*») para el caso de que en la apreciación de la alevosía sólo se tenga en cuenta el modo de comportamiento (su especial peligrosidad) dejando de lado la motivación del hecho y especial reprochabilidad del hecho.

⁹ Así se ha buscado apoyo justificativo en la circunstancia de abuso de confianza y en la ya derogada de premeditación. Respecto a la primera véase BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Teoría y Práctica del Derecho Penal*, Tomo II, prólogo de Jacobo López Barja de Quiroga, Edit.: Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Marcial Pons, Madrid · Barcelona · Buenos Aires, 2009, pág. 1004: «De todo ello se deduce que la indefensión (art. 10.1 CP) de la víctima no proporciona un concepto de alevosía con suficiente fuerza explicativa como para dar cuenta de la especial reprochabilidad de la alevosía frente al abuso de superioridad. El concepto del texto debe completarse, en consecuencia, con otros elementos diferenciales. [...] La gravedad de la alevosía deriva del hecho de que la indefensión de la víctima es producto de la confianza que la víctima depositó en el autor. El que obra con alevosía no solamente aprovecha la indefensión de la víctima sino que quebranta la confianza especial que la víctima le proporcionó poniéndose prácticamente en sus manos. De esta doble concurrencia de las agravantes del art. 10 núms. 8 y 9 CP [de 1973] surge, en primer lugar, la especial reprochabilidad que el legislador ha señalado para la alevosía». Aplica este criterio la STS 692/2011 de 28 de enero: «es claro que si la corpulencia del agresor, como dice la sentencia recurrida, constituía un ‘desequilibrio de fuerzas’ manifiestamente desproporcionado, el haber trasladado el acusado a su pareja sentimental a la habitación de un hotel en la que podía usar sus fuerzas prácticamente sin riesgo, implica un abuso de la confianza de

Vistas las no pocas dificultades para ofrecer un fundamento propio de la alevosía, con objeto de llegar a algún resultado acertado quiero, en lugar de comenzar de inmediato con la indagación del fundamento, plantear un par de cuestiones previas que considero necesarias para la investigación.

1.1 Cuestiones previas

1.1.a) El sentido sobre la investigación del fundamento

La primera cuestión previa tiene que referirse al sentido de la investigación. Porque antes de acometer una investigación que indague sobre el fundamento de una circunstancia, parece sensato preguntarse el porqué debe llevarse a cabo. Se trata de

la víctima que justifica la aplicación de la agravante, por la creación activa de la situación de indefensión» y la STS 5166/2011 de 8 de julio: «la significación alevosa de la agresión se enriquece a la vista de la existencia de una especial relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado (cfr. SSTS 1284/2009, 10 de diciembre y 86/1998, 15 de abril)». En cuanto a la premeditación véase a PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Estudios sobre el delito de asesinato*, Edit.: B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2014, págs. 192 y s., quien recurre a la idea cercana de preparación o planificación del hecho: «A mi juicio sólo es posible atribuir un fundamento material a la agravación que la pena experimenta en los casos de ejecución alevosa de la muerte si se vincula la alevosía, como permite su definición legal, a la existencia de una específica preparación o planificación del hecho, lo que requiere, al menos, una preordenación y elección *deliberadas* de los medios o modos de ataque para asegurar la ejecución y evitar el riesgo para el autor. [...] La *meditación o reflexión suplementarias* concurrentes en todo homicidio precedido de una planificación o preordenación significativa de los medios o las formas de ejecución, distancian sustancialmente esta figura de la del homicidio común, caracterizado por una ejecución más espontánea, impetuosa o impulsiva». En sentido similar SCHMOLLER, Kurt, «Überlegungen zur Neubestimmung des Mordmerkmals „heimtückisch“», en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Tomo 99, Cuaderno 3, 1987, pág. 415: «Una muerte es según este planteamiento por tanto alevosa, cuando el autor ha llevado a cabo un especial despliegue para preparar el hecho de manera oculta, sea para elevar lo más posible las posibilidades de éxito o para reducir lo más posible la puesta en peligro propia. Una muerte alevosa es por eso, resumido brevemente, una muerte ‘amplia y especialmente preparada’ [*Eine Tötung ist nach diesem Ansatz also dann heimtückisch, wenn der Täter einen besonderen Aufwand geleistet hat, um die Tat im Verborgenen vorzubereiten, sei es, um die Erfolgchance möglichst zu erhöhen oder um die Eigengefährdung möglichst gering zu halten. Eine heimtückische Tötung ist daher, knapp zusammengefaßt, eine ‘im Verborgenen besonders weitgehend vorbereitete’ Tötung*]». GRÜNEWALD, Anette, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, Edit.: Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pág. 81: «En las decisiones del Tribunal Federal [alemán] se pueden en ocasiones reconocer fuertes resonancias del viejo criterio de la premeditación y de forma parcial se argumenta incluso abiertamente con este punto de vista. Esto vale ante todo para la circunstancia de ‘alevosía’, en la cual puede evidenciarse especialmente una referencia a la premeditación. A saber, si un autor mata alevosamente, en tanto que —según la definición corriente— aprovecha conscientemente para matar la falta de prevención y de defensa de la víctima está dado por regla general un obrar premeditado, porque el autor se ha decidido conscientemente (y con ello premeditadamente) por ese modo de comportamiento [*In den Entscheidungen des BGH lassen sich mitunter Anklänge an das alte Überlegungskriterium erkennen und teilweise wird sogar offen mit diesem Gesichtspunkt argumentiert. Das gilt vor allem für das Mordmerkmal ‚Heimtücke‘ bei dem eine Bezugnahme auf die Überlegung besonders naheliegen mag. Tötet ein Täter nämlich heimtückisch, sofern er – der gängigen Definition zufolge – die Arg- und Wehrlosigkeit seines Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt, ist in aller Regel ein überlegtes Handeln gegeben, da der Täter sich bewusst (und damit überlegt) für diese Vorgehensweise entschieden hat*]».

conocer qué provecho y utilidad se obtiene con haber hallado el fundamento de la circunstancia, y evitar con ello el riesgo de que la investigación sobre el fundamento se convierta en un apartado decorativo, quizá curioso, pero sin funcionalidad alguna para el estudio de la alevosía.

En realidad, la determinación del fundamento de la alevosía sería una cuestión irrelevante jurídico-penalmente si fuera cierto, como opinan ciertos autores, que la elección de las agravantes «es siempre arbitraria y producto de valoraciones históricamente condicionadas»¹⁰. En ese caso en lugar de encontrar un fundamento jurídico-penal —lo que no tendría mucho sentido, pues más que razones jurídicas lo que habría serían motivos arbitrarios e históricamente condicionados— de lo que se trataría es de traducir en términos técnico-legislativos el convencimiento social generalizado de desaprobación acerca de la alevosía, y ello con el objetivo jurídico de cumplir con las exigencias de garantía y seguridad jurídicas. Esta opinión debe, sin embargo,

¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte especial*, Edit.: Tirant lo Blanch. 19ª edición, completamente revisada y puesta al día, Valencia, 2013: «Una concepción del asesinato como mero homicidio cualificado puede chocar con el convencimiento social, bastante extendido, de que dentro de los delitos contra la vida debe individualizarse algún tipo específico que recoja los atentados más graves y repugnantes a este importante bien jurídico. El problema se plantea al traducir en términos técnico-legislativos este sentimiento. Pues las exigencias de garantía y seguridad jurídica obligan a configurar con claridad un tipo autónomo sobre la base de unas circunstancias agravantes, cuya elección es siempre arbitraria y producto de valoraciones históricamente condicionadas». HASSEMER, Winfried, «Die Mordmerkmale, insbesondere „heimtückisch“ und „niedrige Beweggründe“ - BGHSt 23, 119», en *Juristische Schulung (JuS)*, 1971, Cuaderno 12, págs. 627 y s.: «Casi todos los ordenamientos jurídicos junto a la muerte de un hombre todavía han destacado el especialmente grave, rechazable, espantoso y por lo tanto especialmente reprochable delito contra la vida humana. Con ello la constitución histórico-cultural de una sociedad viene a expresarse también, y no en último término, en la elección de las circunstancias del asesinato. Precisamente esta estrecha relación del asesinato con las emociones de los miembros de la comunidad jurídica —ya la palabra ‘asesinato’ es un estereotipo cargado sentimentalmente— hace difícil, cuando no imposible, apresar en palabras el contenido de merecimiento penal de los hechos referidos por la ley. La historia de las normas y el Derecho comparado muestran también entonces el esfuerzo, que no llega a su fin, de los ordenamientos jurídicos por concretar respecto a las acciones de matar las ideas de reprochabilidad de la correspondiente sociedad y por revisar siempre de nuevo las concreciones, siempre y cuando estas [concreciones], como acaso el art. 112 del Código penal suizo, no interrumpen este esfuerzo refiriéndose a la ‘aptitud especialmente reprochable’ o a la ‘peligrosidad’ del autor y en adelante dejen dicho esfuerzo a la jurisprudencia [*Fast alle Rechtsordnungen haben neben der Tötung eines Menschen noch das besonders schwere, abstoßende, furchteinflößende, eben das besonders verwerfliche Delikt gegen menschliches Leben herausgehoben. Dabei kommt in der Auswahl der Mordmerkmale nicht zuletzt auch die kulturhistorische Verfassung einer Gesellschaft zum Ausdruck. Gerade diese enge Verbindung der Mordtat mit den Emotionen der Rechtsgenossen - schon das Wort ‚Mord‘ ist ein gefühlsbefruchtetes Stereotyp - macht schwer, wenn nicht unmöglich, den Strafwürdigkeitsgehalt der vom Gesetz gemeinten Taten in Worte einzufassen. Die Normengeschichte und die Rechtsvergleichung zeigen denn auch das nicht ans Ende kommende Bemühen der Rechtsordnungen, die Verwerflichkeitsvorstellungen der jeweiligen Gesellschaft im Hinblick auf Tötungshandlungen zu konkretisieren und die Konkretionen immer wieder zu revidieren, wenn sie nicht, wie etwa Art. 112 SchweizStGB, dieses Bemühen mit dem Hinweis auf die ‚besonders verwerfliche Gesinnung oder‘ die ‚Gefährlichkeit‘ des Täters einstellen und das weitere der Rechtsprechung überlassen*].».

rechazarse. Si la justificación de la adopción de cualquier circunstancia fuera siempre arbitraria y condicionada históricamente, entonces este hecho impediría toda posibilidad de crítica desde el ámbito jurídico, pues para la supresión de una circunstancia sólo restaría la opción de esperar a otras condiciones históricas, a un nuevo convencimiento social igual de arbitrario que el anterior y tan impermeable como aquél —dado que únicamente se deja determinar conforme a motivos históricos— a razones jurídicas. Pues bien, frente a esta postura hay que señalar que la investigación del fundamento tiene una utilidad crítica, es decir, sirve para enjuiciar que la circunstancia tenga o no encaje jurídico dentro de la construcción de conceptos en dependencia sistemática constitutivos de la ciencia del Derecho penal. Es oportuno no olvidar, que el Derecho penal, en cuanto ciencia, es concebido dentro de nuestra tradición continental como un sistema de conceptos concatenados en dependencia argumentativa, distinto, con mucho, de la casuística legal imperante en los ámbitos jurídicos anglosajones¹¹. El Derecho penal, en cuanto reclama un estatuto científico —como ciencia social, pero en efecto como ciencia—, requiere de un enlace y orden de la serie de los fundamentos¹².

Pero la investigación del fundamento no sólo tiene una finalidad crítica sino también un objetivo interpretativo¹³, lo que debe ser destacado especialmente en una

¹¹ ROXIN, Claus, «Sobre la significación de la sistemática y la dogmática del Derecho penal», en *Política criminal y estructura del delito (Elementos del delito en base a la política criminal)*, traducción de Juan BUSTOS RAMÍREZ y Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE, Edit.: Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992, pág. 35: «Por el contrario muchos ámbitos culturales jurídicos brindan poca atención, sobre todo el círculo jurídico angloamericano, a la dogmática y a la sistemática del derecho penal y se dedica de modo muy intensivo a cuestiones criminológicas y a la configuración del sistema de sanciones». PAWLIK, Michael, «La pena retributiva y el concepto de delito», en *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, Edit.: Marcial Pons, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, 2010, pág. 75: «La dogmática alemana del Derecho penal está mayoritariamente de acuerdo con que la ciencia del Derecho penal debe ser sistemática. ¿Qué es un sistema? Una clásica definición del concepto que, además, es aplicada gustosamente todavía hoy en día por los penalistas proviene de KANT: un sistema es ‘la unión de múltiples conocimientos bajo una idea’». En nuestra doctrina, de la misma opinión SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal», en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª Época, Núm. 9, 2002, págs. 88 y s.: «En el Derecho anglosajón no existe un sistema estructurado de la teoría del delito, sino que los conceptos y las reglas de imputación se integran en un contexto de relación dinámico y abierto —mucho más abierto que cualquier sistema abierto que los continentales podamos desarrollar—. Ello quiere significar que, desde luego, en el ámbito anglosajón, la elaboración del Derecho penal no es, desde luego, tópica; pero tampoco sistemático-estructural».

¹² HUSSERL, Edmund, *Investigaciones lógicas*, Tomo 1, versión de Manuel García MORENTE y José GAOS, Edit.: Alianza, 1ª edición, 2ª reimpresión, Madrid, 2006, pág. 42: «[...] el concepto de la ciencia y de su misión implica algo más que mero saber. [...] Manifiestamente es necesario algo más, a saber: conexión sistemática en sentido *teorético*; y esto implica la fundamentación del saber y el enlace y orden pertinentes en la sucesión de las fundamentaciones, que llamamos teorías»

¹³ GRÜNEWALD, Anette, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, ob. cit., pág. 123: «Junto a los ‘bajos motivos’ la ‘alevosía’ es la circunstancia de asesinato con el más amplio significado práctico [*Neben den ,niedrigen*

circunstancia como la alevosía, considerada como una de las de más compleja interpretación¹⁴. Un fundamento sólido vendría, cuanto menos, a ofrecer una ayuda estimable para una interpretación adecuada de los elementos que componen la circunstancia, así como para la solución práctica de constelaciones de caso —como las muertes de niños o de otras personas desvalidas, de los llamados tiranos familiares, de quienes debía haber previsto el ataque, de víctimas de violencia de género, etc.—, donde el artículo 22.1 del Código penal, mostrándose insuficiente en su literalidad, genera dudas interpretativas a doctrina y jurisprudencia.

1.1.b) El método de investigación del fundamento

Si hasta aquí la finalidad crítica y la utilidad práctica parecen ofrecer una razón suficiente para investigar el fundamento, surge entonces una segunda cuestión acerca de

Beweggründe‘ ist die ‚Heimtücke‘ das Mordmerkmal mit der weitaus größten praktischen Bedeutung]».

¹⁴ Situación que se remota al menos a los años 50, pero que también se extiende hasta el momento actual. PUIG PEÑA, Federico, «Alevosía», en *Nueva Enciclopedia Jurídica (NEJ)*, Tomo II, Edit.: Francisco Seix, Barcelona, 1950, págs. 558 y s.: «Dentro de las circunstancias que encuentran su agravación por el *modo* o *manera* como el culpable realiza la infracción criminal cabe colocar, en lugar preeminente, a la *alevosía*, no solo por su especial naturaleza, sino por el rancio abolengo que la misma tiene en la legislación penal de nuestra Patria y también por la enorme producción jurisprudencial que ha motivado. Pero ni de ese rancio abolengo ni de esta copiosa jurisprudencia cabe deducir que, en todo momento, se haya tenido una visión clara del contenido y rasgos fundamentales de esta causa de agravación. Antes al contrario, como veremos en seguida, el concepto de alevosía ha variado mucho a través de los distintos Cuerpos legales de nuestro Derecho patrio; y, por otro lado, a pesar de la ingente labor de nuestro Tribunal Supremo, todavía se apuntan grandes dudas en la interpretación de algunos puntos fundamentales de su teoría». PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Estudios sobre el delito de asesinato*, ob. cit., pág. 10: «[...] si la existencia del asesinato como tipo diferenciado del homicidio doloso aún sigue teniendo sentido, éste parece difuminarse si en él se puede subsumir el caso normal o, incluso, casi cualquier caso de homicidio doloso. Ello impone la necesidad de volver a pensar, ahora ya desde un punto de vista ante todo dogmático, sobre el sentido de la distinción homicidio-asesinato y sobre los criterios seguidos en la interpretación de los presupuestos de este último delito, que —especialmente en relación con la alevosía— carecen de contornos precisos». También en la doctrina alemana; *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, Urs KINDHÄUSER / Ulfrid NEUMANN / Hans-Ullrich PAEFFGEN (eds.), Edit.: Nomos, 4ª edición, Baden-Baden, 2013, NEUMANN § 211 nm. 47, pág. 1602: «De hecho hasta hoy ni la Jurisprudencia ni la doctrina han conseguido dar una interpretación consistente, objetivamente convincente y suficientemente precisa para la circunstancia de ‘alevosía’ [*In der Tat ist es bis heute weder in der Rspr noch im Schrifttum gelungen, dem Merkmal der ‚Heimtücke‘ eine konsistente, sachlich überzeugende und hinreichend präzise Interpretation zu geben*]». SCHMOLLER, Kurt, «Überlegungen zur Neubestimmung des Mordmerkmals “heimtückisch”», ob. cit., pág. 415: «Apenas otro concepto en la parte especial del Código penal [alemán] es tan discutido como la circunstancia ‘alevosía’ en el asesinato. En los últimos años diez años han aparecido, bien es cierto, una desacomumbradamente gran cifra de contribuciones científicas para la interpretación de esta circunstancia. Sin embargo, existen ahora como antes diferencias de opinión notables sobre bajo qué condiciones una muerte debe ser considerada como ‘alevosa’ [*Kaum ein anderer Begriff im Besonderen Teil des StGB ist so umstritten wie das Merkmal ‚heimtückisch‘ beim Mord. In den letzten zehn Jahren ist zwar eine ungewöhnlich große Anzahl wissenschaftlicher Beiträge zur Auslegung dieses Merkmals erschienen. Dennoch bestehen nach wie vor erhebliche Meinungsunterschiede darüber, unter welchen Voraussetzungen eine Tötung als ‚heimtückisch‘ [sic] anzusehen ist*]».

cómo se debe conducir la investigación. Se trata así de saber si existe en nuestra ciencia algún método seguro y probado, algún camino inequívoco por el que llegar a descubrir el fundamento de una determinada circunstancia, o bien si este no es el caso, y debe ser acaso una cuestión dejada al buen sentido del investigador penal.

i.) *El método mayoritario de la doctrina respecto al fundamento de las circunstancias*

Una respuesta a esta cuestión la encontramos acudiendo a los trabajos donde, quienes anteriormente reflexionaron sobre las distintas circunstancias modificativas, presentan el método que emplearon para proporcionarles un fundamento. A la vista de tales textos, se comprende que la mayoría de autores suelen convenir en un mismo método¹⁵. Con arreglo a éste, todo comienza por un estudio tanto de las “razones históricas” concitadas en la formulación de la circunstancia, cuanto de los “elementos” presentes en la regulación positiva de la circunstancia. Mediante el estudio de ambas cuestiones —estudio que según se afirma no requiere de “una real y verdadera interpretación”, sino de un mero “examen sumario”— se pretende comprender cuáles sean las razones (*ratio*) o finalidades (*telos*) de la circunstancia. Tales razones y finalidades constituirían entonces el fundamento de la circunstancia, pero únicamente de la circunstancia considerada aisladamente, es decir, todavía al margen del sistema, entendido como un todo interconectado, del Derecho penal. Como ejemplo de este proceder puede tomarse, de manera acrítica y dejando por ahora al margen otras posibles soluciones, la postura de ALONSO ÁLAMO respecto de la circunstancia de la alevosía. Según la autora un análisis no exhaustivo tanto de la historia de la circunstancia, como de sus actuales elementos positivos revelaría como razones de la agravante el aseguramiento del delito y consiguiente indefensión de la víctima, y la cobardía¹⁶. Estas razones conformarían por el momento el fundamento de la alevosía,

¹⁵ Este método es, aun sin referirse siempre de modo explícito, generalmente empleado en la literatura penal que trata el fundamento de las circunstancias. Acudimos para su presentación fundamentalmente, sin perjuicio de mencionar a otros autores, a la exposición de ALONSO ÁLAMO, Mercedes, *El sistema de las circunstancias del delito: estudio general*, Edit.: Universidad de Valladolid, Departamento de Derecho penal, 1981, págs. 338 y ss., por razones de claridad expositiva y de reconocimiento entre los autores, quienes aluden a esta obra frecuentemente y emplean sus mismas categorías conceptuales. Los entrecomillados que a continuación aparecerán en el texto principal corresponden a términos y expresiones utilizados por la autora citada.

¹⁶ ALONSO ÁLAMO, Mercedes, *El sistema de circunstancias del delito*, ob. cit., pág. 340: «En el mismo sentido, la ratio agravatoria de la alevosía puede verse históricamente, de un lado, en el aseguramiento del delito mediante el empleo de medios arteros (‘a traición y sobre seguro’), con la consiguiente indefensión de la víctima, y de otro, en la cobardía».

pero sólo en tanto que circunstancia considerada en sí misma y, por tanto, todavía desvinculada del sistema del Derecho penal.

Pero con lo anterior —de acuerdo al método mayoritario— aún no se habría cumplido completamente con el objetivo de dotar de fundamento a una circunstancia. Lo expuesto permitiría averiguar el fundamento de una circunstancia fuera del sistema, sin embargo se necesita todavía encontrar su fundamento en un sentido diverso; se necesita que la circunstancia se apoye en el sistema del Derecho penal.

¿Cómo se obtiene, según este proceder, este segundo tipo de fundamento? Antes de nada, vale una advertencia. Tal y como se afirma, el fundamento de la circunstancia como parte del todo del sistema aunque “no se confunde” con las razones (*ratio*) o finalidades (*telos*) de la circunstancia aislada sí toma a ambas como punto de partida. Razones y/o finalidades pasan a estudiarse como materiales, seleccionando aquellas relevantes para comprender ahora el valor que adquiere la circunstancia dentro del sistema del Derecho penal¹⁷, valor que, en definitiva, habrá de corresponder con alguna de las categorías conceptuales del sistema (antijuricidad, culpabilidad, pena, etc.). Pues bien, será ese valor arrojado, atendidas sus razones y finalidades, el que constituirá el fundamento dentro del sistema de la concreta circunstancia estudiada. Si se continua con el ejemplo anteriormente expuesto sobre la alevosía, se recordará que existían dos razones de agravación; «el aseguramiento del delito y consiguiente indefensión de la víctima, y la cobardía»¹⁸. El estudio de ambas razones debería permitir comprender ahora cuál sea el valor de la circunstancia dentro del sistema. Se podría entonces suponer, siguiendo de nuevo acriticamente a ALONSO ÁLAMO, que como piensa la autora la cobardía resulta secundaria, pero que, en cambio, el aseguramiento y la indefensión resultan determinantes para establecer que la circunstancia adopta dentro

¹⁷ Aquí nos distanciamos en la exposición del método general de la presentación de ALONSO ÁLAMO, en alguna medida. La medida es la siguiente. Para ella (*El sistema de circunstancias del delito*, ob. cit., pág. 342) «las circunstancias comportan un juicio de valor sobre la antijuricidad y la culpabilidad», por lo cual el estudio de la «ratio» de la circunstancia debe darnos una «comprensión valorativa de la circunstancia», o de otro modo, si la circunstancia comporta un juicio de valor sobre la antijuricidad o si lo comporta sobre la culpabilidad, o aun todavía, si enjuiciamos que la circunstancia vale o tiene un valor antijurídico o de culpabilidad. Sin embargo, no todos los autores juzgan que el valor de las circunstancias se circunscriba a la antijuricidad o culpabilidad, ni incluso a la teoría del delito, sino que hay quienes creen que su valor reside en la teoría de la pena o incluso en la política criminal. Para dar voz a todas las opciones, preferimos referirnos al valor, que la circunstancia, en atención a sus razones y finalidades, adopta dentro del sistema de Derecho penal.

¹⁸ Seguimos el ejemplo de ALONSO ÁLAMO, *El sistema de las circunstancias del delito*, ob. cit., pág. 342.

del sistema un valor de antijuricidad, de modo que dicho valor revelaría el fundamento de la alevosía dentro el sistema, el cual no consistiría, por tanto, en otra cosa que en el agravamiento de la antijuricidad¹⁹.

Como corolario a la presentación de este método, se puede presentar, en pocas y en sus propias palabras, su modo de operar característico: respecto al fundamento que corresponda a una circunstancia dentro del sistema «solamente podremos llegar a una solución satisfactoria analizando cada una de las circunstancias de forma independiente, indagando en sus *ratio* [sic], y poniendo de manifiesto el predominio o prevalencia de uno u otro carácter. Y todo ello, claro está, sin prejuzgar una fundamentación dogmática que la vincule apriorísticamente al injusto o a la culpabilidad, fundamentación que en algunas ocasiones no existirá»²⁰. O de forma más abreviada: «del análisis de sus elementos, de sus antecedentes, y del momento social y jurídico (de la circunstancia)» se obtienen los datos necesarios «para poder determinar su fundamentación dogmática o político criminal»²¹.

El método anterior ha proporcionado un procedimiento para averiguar el fundamento de una circunstancia concreta en el doble sentido apuntado; sea ésta tomada al margen del sistema o sea considera en tanto parte del todo sistemático. Pero antes de terminar con su exposición, es necesario advertir de la existencia, en el ámbito de las circunstancias, de un tercer sentido de fundamento distinto de los dos anteriores. Junto al fundamento de cada circunstancia al margen del sistema —su *ratio* o *telos*— y además

¹⁹ ALONSO ÁLAMO, *El sistema de las circunstancias del delito*, ob. cit., pág. 342: «Históricamente hemos dicho que son dos las razones que fundamentan la alevosía: el aseguramiento del delito y consiguiente indefensión de la víctima, y la cobardía. Este último momento, o *ratio* de la agravante, que podemos denominar subjetivo, pues revela una particular actitud espiritual del agente, es, a efectos de la comprensión valorativa de la circunstancia, secundario. Decisivos serán, por tanto, la peligrosidad del medio de ejecución, el aseguramiento del delito, la indefensión, *ratio* asimismo histórica de la agravante y que el examen sumario de sus elementos coloca en primer plano (‘empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido’, art. 10, 1ª). La alevosía agrava, según lo expuesto, por razones de antijuricidad».

²⁰ SALINERO ALONSO, Carmen, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código penal*, Edit.: Comares, Granada, 2000, págs. 52 y s.

²¹ SALINERO ALONSO, Carmen, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código penal*, ob. cit., pág. 73. Tanto en esta cita como en otras ocasiones transcribimos la palabra “fundamentación”. Aun cuando es y ha sido empleada usualmente, dicha palabra no se encontraba recogida en el diccionario de la RAE hasta vigésimo segunda edición del diccionario de la RAE. En cambio en el avance de la edición vigésimo tercera, aún no publicada, sí aparece con el significado de «acción y efecto de fundamentar». En cualquier caso su significado no se confunde con el de “fundamento”, que en lugar de significar la acción o proceso de cimentar o establecer una razón, significa el cimiento o la razón a partir de los que se puede efectuar dicha acción o proceso.

de su fundamento en cuanto parte del sistema —su valor dentro el sistema—, existe todavía el fundamento del conjunto de todas las circunstancias. Según los autores antes citados, la obtención de este tercer tipo de fundamento requiere de una recopilación de los fundamentos dentro del sistema correspondientes a cada una de las circunstancias. Una vez se cuente con todos los fundamentos, habrá que ponerlos en común con objeto de verificar su concordancia o bien su divergencia. Cuando todas las circunstancias concretas coincidieran en un fundamento, pues el valor de todas ellas dentro del sistema de Derecho penal se radica en una misma determinada categoría penal A (o B o C o...) ²², entonces el fundamento del conjunto de circunstancias sería único; la concordancia en el idéntico fundamento A (o B o C o...). Si no fuera el caso, porque algunas circunstancias compartieran un fundamento A, pero otras mantuvieran en común un fundamento diverso B, e incluso aún otras u otra tuvieran otro distinto fundamento C y ..., entonces el fundamento de todas las circunstancias sería plural; la yuxtaposición de los diversos fundamentos discordantes: A y B y C y.... Como ejemplo podría pensarse en una postura doctrinal que sostuviera que, aun cuando algunas circunstancias se fundamentan en el injusto y la culpabilidad, ni injusto, ni culpabilidad agotan el fundamento de las circunstancias modificativas, pues existen otras circunstancias que tienen su fundamento en razones de política criminal. La diversidad de fundamentos obligaría, entonces, a afirmar una «doble fundamentación del sistema de circunstancia» o la «coexistencia de dos fundamentos distintos: el dogmático y el político criminal» ²³.

ii) *La inviabilidad del método mayoritario de la doctrina*

En relación con el método mayoritario recién expuesto, resulta en primer lugar difícil de pensar, en cuanto al primer sentido de fundamento, cómo pudiera fundarse una circunstancia aisladamente, al margen del sistema. El propio significado de la palabra “fundamento” ²⁴ remite a un punto exterior sobre el que se haga posible apoyar la

²² Tómese por A, B, C, etc. por las distintas categorías conceptuales del Derecho penal cuyo valor pudieran adoptar las circunstancias dentro del sistema, así, por ejemplo, antijuricidad, culpabilidad, pena, etc.

²³ En concreto se trata de la postura de SALINERO ALONSO, Carmen, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código penal*, págs. 72-81.

²⁴ De acuerdo al diccionario de la RAE cuatro de las cinco acepciones de la palabra “fundamento” hacen referencia, de manera más o menos explícita, a este punto de apoyo exterior. Así “fundamento” puede significar: «1. Principio o cimiento en que estriba o sobre el que se apoya un edificio u otra cosas [...] 3. Razón principal o motivo con que se pretende afianzar o asegurar algo. 4. Raíz, principio y origen en que estriba y tiene su mayor fuerza algo no material. 5 Fondo o trama de los tejidos». La segunda acepción se refiere a la «seriedad, formalidad de una persona».

justificación. Que la edificación jurídica de una circunstancia pueda fundamentarse aisladamente, apoyada en sí misma, parece contar con la misma probabilidad y sentido que tendría el hecho de que una edificación física se fundamente en sí misma aisladamente. Porque en ambos casos, tanto en la construcción del arquitecto como en la construcción jurídica de la circunstancia, lo que se requiere es precisamente un apoyo externo, sea este el suelo sólido de la tierra o el del sistema del Derecho penal, en el que sea posible encontrar suelo o fundamento.

Ciertamente si la circunstancia está fundamentada, nunca lo está aisladamente, sino siempre en suelo del sistema. De ahí que el método presentado haga bien en aludir a un segundo sentido de fundamento que considera ya a la circunstancia dentro del sistema. Y sin embargo existen también importantes objeciones a la manera en que se entiende este segundo tipo de fundamento. Pues, se pretende que con objeto de fundamentar en el sistema una circunstancia se debe partir de la propia norma reguladora de la circunstancia, de sus elementos positivos o sus antecedentes históricos legislativos, cuando en realidad, si no se quiere caer de nuevo en el absurdo de la “autofundamentación”, de lo que se debe partir para fundamentar la norma no es de la norma sino de un punto de apoyo exterior a ella, apoyo que precisamente viene a representar el suelo firme del sistema²⁵. Porque, en realidad, no resulta cierto que el fundamento de la norma se extraiga de esa misma norma legislada (sus elementos) o de sus antecedentes conforme a un específico método destinado al efecto. En lugar de ello, conviene no olvidar que la ciencia del Derecho penal cuenta con un método propio con arreglo al cual conoce normas jurídico-penales, y que conforme a ese método el fundamento no se extrae de sitio alguno, sino que actúa como un punto de apoyo previamente dado²⁶ a partir del cual se construye unificada y ordenadamente un sistema

²⁵ ALCACER GUIRAO, Rafael, «Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Tomo 52, Núm. 1-3, 1999, pág. 216: «de la mera descripción de los textos legales no pueden derivarse ni el *telos* de las mismas [sic], ni los principios rectores orientadores de todo el sistema, sino que éstos habrán de venir dados a partir de una serie de criterios de argumentación y razonamiento práctico, previos al Derecho positivo, que indicarán la orientación interpretativa a tomar en relación a dichos textos legales».

²⁶ Nuestra ciencia, como el resto de las ciencias, es un saber discursivo. Cada ciencia para poder discurrir, es decir, alcanzar determinadas conclusiones necesita partir de unos principios o fundamentos que la propia ciencia no demuestra. Si se pretendiera demostrar esos principios, eso exigiría acudir a otros anteriores desde los que aquellos pudieran ser demostrados, pero siempre se debería partir de algún principio no demostrado para comenzar a discurrir. Como ejemplo de saber discursivo pone PLATÓN, *La República*, Diálogos, Tomo IV, introducción, traducción y notas de Conrado EGGERS LAN, Edit.: Biblioteca Básica Gredos, Madrid, 2010, 510 c-d, la geometría y el cálculo: «Creo que sabes que los que se ocupan de geometría y de cálculo suponen lo par y lo impar, las figuras y tres clases de ángulos y cosas

de saber desde el que se hace posible un conocimiento más concreto, perfecto y acabado de la norma.

iii) El papel del fundamento en el método de la ciencia del Derecho penal

Para determinar con mayor precisión el papel y el sentido del fundamento en nuestra ciencia, querría comenzar presentando algunas cuestiones básicas. La disciplina de que nos ocupamos los penalistas es ciertamente la ciencia del Derecho penal²⁷. Una ciencia, como es lógico, se ocupa del estudio de su objeto, y como la ciencia del Derecho penal no puede ser una excepción, ésta se ocupa también de estudiar su propio objeto, es decir, el Derecho penal. Estudiar el Derecho penal consiste en conocer aquel determinado conjunto de normas, al que llamamos Derecho penal, de modo que, gracias a este conocimiento, seamos capaces, en cada caso, de saber qué es lo que, conforme a ese conjunto de normas jurídico-penales, rige. Por ejemplo, gracias al conocimiento de las normas del Derecho penal sabemos qué rige, conforme a esas normas, para un robo, en caso de unas coacciones, ante un homicidio, también frente a un asesinato cometido con la circunstancia de alevosía, e incluso para el comportamiento de cruzar la calle por un semáforo.

La ciencia del Derecho penal es, de acuerdo con esto, la dogmática penal, pues sólo ésta se ocupa de estudiar el conjunto de normas del Derecho penal. A pesar de lo que se diga, la política criminal como ciencia no estudia el Derecho penal, ni tan siquiera desde otra perspectiva diversa a la dogmática²⁸, pues jamás trata, desde punto

afines, según lo que investigan en cada caso. Como si las conocieran, las adoptan como supuestos, y de ahí en adelante no estiman que deban dar cuenta de ellas ni a sí mismo ni a otros, como si fueran evidentes a cualquiera; antes bien, partiendo de ellas atraviesan el resto de modo consecuente, para concluir en aquello que proponían al examen». Dentro del específico campo del derecho penal se plantea igualmente esta cuestión PAWLIK, Michael, «La pena retributiva y el concepto de delito», ob. cit., pág. 75: «Quien se proponga crear un sistema de la teoría de la pena tiene que plantearse, en primer lugar, la cuestión del punto de partida al que deberá referirse el resto del sistema. Dicho en términos de KANT: ¿Cómo encuentra nuestro constructor de sistemas *in spe* la idea conductora a la que hay que agradecer la unión del resto de conocimientos? Dicha cuestión no puede ser contestada desde la perspectiva interna de la dogmática penal, pues se trata precisamente de las condiciones para posibilitar la unidad sistemática».

²⁷ Para el tratamiento conceptual y exposición de la ciencia del Derecho penal se ha empleado, sin perjuicio de otras fuentes, como hilo conductor la memoria que el profesor Enrique GIMBERNAT ORDEIG presentó en distintas convocatorias como ejercicio de oposición a cátedra de Universidad, memoria que posteriormente ha quedado recogido en un libro llamado *Concepto y Método de la ciencia del Derecho penal*, Edit.: Tecnos, Madrid, 1999.

²⁸ En contra LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Edit.: Universitas, Madrid, 1996, pág. 92, «Se puede hablar por ello de una doble ciencia del Derecho penal o de dos disciplinas científicas que se ocupan del Derecho penal desde perspectivas —al menos parcialmente—

de vista alguno, de conocer las normas penales para determinar qué rige jurídico-penalmente, sino que estudia qué es lo que debe ser considerado crimen y cuáles sean las políticas adecuadas para combatirlo²⁹. Entre estas políticas, indudablemente, se contará el Derecho penal, pero esto no significa que la ciencia de la política criminal lo tome como objeto de estudio para conocer que rija conforme a él, sino que significa otra cosa; que entiende al Derecho penal como objeto de evaluación para determinar hasta qué punto sea un medio eficaz para combatir el crimen. Por ejemplo, desde la política criminal se considera que la muerte de un hombre a manos de otro hombre debe ser considerado crimen. Para combatir este crimen, la ciencia de la política criminal puede concebir diferentes medidas. Una será el Derecho penal. Pero, ¿cuál es entonces la labor de la política criminal respecto a la norma penal reguladora del homicidio? Sin duda no conocerla para determinar los supuestos en que rige, pues de esto se ocupa la dogmática penal, sino, una vez que la dogmática le ha informado de su contenido, evaluar si dicha norma resulta un medio adecuado para evitar que los hombres se maten entre sí.

Simplemente, no es que la política criminal estudie el Derecho penal, pero desde otra perspectiva, es que no lo estudia sino que lo evalúa o, en otras palabras, lo que estudia es la eficacia, frente al crimen, del Derecho penal, pero no el Derecho penal. Como la política criminal no estudia el Derecho penal, sino que estudia si el Derecho penal, entre otros medios, resulta eficaz para combatir el crimen, y como una ciencia únicamente lo es de su objeto de estudio, la ciencia de la política criminal no puede entenderse como la ciencia del Derecho penal.

Este trabajo doctoral no tiene otra intención que moverse dentro de los límites marcados por la ciencia del Derecho penal. Dentro, por tanto, de la dogmática penal. El objetivo es, por tanto, conocer la norma jurídico-penal prevista en el artículo 22.1 del Código penal que regula la circunstancia de alevosía, para saber qué rige, en cada caso que pueda presentarse, conforme a ella, y queda fuera de nuestro cometido evaluar, político-criminalmente, si esta norma lucha o no eficazmente contra un concreto fenómeno criminal, identificado por la política criminal. ¿Significa, entonces, que se

distintas»

²⁹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Edit.: Tirant lo Blanch, 2ª edición adaptada al Código penal de 1995, Valencia, 1996, pág. 229: «La política criminal es aquella parte de la política general del Estado que se ocupa de la delincuencia, la criminalidad y su tratamiento».

desprecia, dejándola de lado en la investigación, a la política criminal? Está lejos de ser así. Más bien ocurre que para conocer el Derecho penal, y qué rige conforme a él, se debe tomar muy en cuenta a la política criminal³⁰. Pero con esto no recae nuestro estudio en el campo de la política criminal; se sigue tratando no de evaluar sino con conocer el Derecho penal, sólo que para saber qué dice el Derecho penal, la política criminal —la tarea o finalidad que ésta impone al Derecho penal— no es indiferente, sino *fundamental*.

Para desarrollar este planteamiento es necesario en este momento referirse a la cuestión de cómo conocemos el Derecho penal. El Derecho penal, como se decía, es un determinado conjunto de normas jurídicas, normas que se caracterizan en general por asociar un supuesto de hecho a una consecuencia jurídica. En el caso particular de las normas jurídicas que además son penales, el supuesto de hecho se identifica con un delito y la consecuencia jurídica con una pena o medida de seguridad³¹. De ahí que el Derecho penal se conciba como el conjunto de normas jurídicas que hacen corresponder a un delito una pena o medida de seguridad³². Pues bien, cuando se pretende conocer el Derecho penal, lo que realmente se hace es tratar de comprender las normas que vinculan un delito a una pena, para saber qué rige para cualquier caso que pudiera presentarse. Sin embargo, conocer a partir de su literalidad qué dicen las normas jurídico-penales no resulta tan sencillo como a primera vista pudiera parecer. Tomemos por ejemplo el artículo 138.1 del Código Penal, donde se regula el homicidio: «El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años». ¿Incluye esta norma todas las modalidades de matar?, ¿cuando se entiende que alguien ha causado la muerte de otro?, ¿qué se considera desde el 138

³⁰ ALCACER GUIRAO, Rafael, «Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal», ob. cit., pág. 215: «las disposiciones legales, como enunciados lingüísticos que son, vienen caracterizados por un margen considerable de vaguedad y ambigüedad en el ámbito de significado de sus términos, lo que, en afirmación de los críticos a la metodología jurídica positivista, impide concebir la aplicación de la ley como una mera subsunción formal, sino que para ello juega un papel importante la decisión e interpretación del aplicador del Derecho, la cual, siempre dentro del marco de significado de la norma —del sentido literal posible—, vendrá dada inevitablemente a partir del razonamiento instrumental (fines) y valorativo (principios)».

³¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Concepto y Método de la ciencia del Derecho penal*, ob. cit., pág. 19: «naturalmente que no todas las proposiciones jurídicopenales tienen que ser completas, esto es: designar por ellas mismas el supuesto de hecho y la consecuencia. Pero, en cualquier caso, tienen que hacer referencia siempre al delito o a la pena. Si no, no son proposiciones jurídicas pertenecientes al Derecho penal».

³² En adelante, para evitar reiteraciones, hablaremos exclusivamente de pena en sentido laxo; consecuencias jurídicas del delito.

muerte?, ¿habla de quién matare ya sea imprudentemente o ya sea a sabiendas?, ¿responderá como reo de homicidio el que matare, aun observando una conducta permitida?, ¿quien justificadamente mata debe ser castigado con pena de prisión de diez a quince años?, ¿y quien, como los menores o incapaces, no percibe el sentido de su conducta de matar?, ¿qué es una pena de prisión?, ¿cómo se aplica y computa? Como el sentido literal del precepto no resuelve ni éstas ni otras muchas preguntas, para saber qué dice el artículo 138, para saber a quién y en qué supuestos aplicaremos una pena de prisión de diez a quince años (y qué es una pena de prisión, y cómo se computa y aplica), tenemos que acudir a un método, o en otras palabras, necesitamos una ciencia del Derecho penal.

De este modo, de la insuficiencia de la interpretación literal para conocer qué dice la norma surge la necesidad de un método o de hacer dogmática penal. Pero, ¿significa esto que la literalidad de la norma carece de todo interés para el método? No, ocurre más bien al contrario; el sentido literal de la norma penal tiene una importancia determinante. Es cierto que no se puede conocer qué dice el Derecho penal sólo a partir del sentido literal, pero igual de cierto es que la letra de la ley marca el límite de lo que podría decir el Derecho penal. Así las preguntas que se acaban de plantear sobre el homicidio y que no éramos capaces de responder acudiendo a la literalidad del artículo 138, sólo pueden, sin embargo, resolverse dentro del margen que abre el sentido literal del precepto. Que dentro del término “matare” se incluyan unos supuestos de dar muerte, pero no otros cabe dentro del sentido, sólo que restringido, de matar. Pero queda fuera de todo sentido posible del término, que se abarque en “matare” casos de robo.

La imposibilidad de sobrepasar el tenor literal de la norma no es otra cosa que una consecuencia del principio de legalidad. Pero igualmente está vinculada al hecho de que lo que nosotros hacemos es ciencia del Derecho penal. El conocimiento proporcionado por una ciencia debe adecuarse y no estar en contra de su objeto de estudio. Si el objeto de nuestra ciencia es estudiar el Derecho penal, lo que no puede ocurrir es que el conocimiento que obtenemos contradiga aquello mismo que se estudia; ese conjunto de normas llamado Derecho penal. Es precisamente el reconocimiento de

que no cabe ir en contra del propio objeto de estudio, el que ha hecho a nuestra ciencia, que no por casualidad es llamada dogmática penal, tomar a la ley penal como dogma³³.

Pero, ¿sucede siempre así?, ¿nunca podemos contradecir el dogma de la ley? En ocasiones, sobre la base de buenas razones materiales, sí se puede; pero sólo en aquellos casos en que se trata de determinar no lo que es el Derecho penal, sino lo que queda excluido de su ámbito. Es decir, si las normas del Derecho penal se caracterizan por asociar un delito a una pena, cuando se trata de determinar a qué supuestos concretos se vincula una pena no podemos contradecirlas. En cambio si de lo que se trata es de saber a qué casos no se asocia una pena, es decir, qué no entra dentro del ámbito de aplicación de las normas jurídico-penales, porque o bien la pena se excluye o bien, en tanto que se atenúa, se atenúa, entonces no estaremos —si existen a favor buenas razones materiales— forzosamente obligados a seguir su tenor literal³⁴. Precisamente, sobre la base de buenas razones materiales el Tribunal Federal alemán [*Bundesgerichtshof* (BGH)] en sentencia BGHSt 30, 105 de 19 mayo de 1981³⁵ decidió admitir, en

³³ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, ob. cit., pág. 223: «Precisamente por tratarse de una ciencia que tiene como objeto de estudio la norma penal puede hablarse, con cierta propiedad, de que se trata de una ciencia hermenéutica, en el sentido de que es una ciencia apegada a la norma. El intérprete no puede inventar valoraciones nuevas ni imponer sus propios criterios más allá de lo que permita la existencia de la norma como dogma. Si la ciencia siempre aparece, de alguna manera, condicionada por su objeto, en este caso es el sistema jurídico penal y, concretamente, las normas penales las que determinarán el campo de acción de la ciencia del Derecho penal».

³⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Concepto y Método de la ciencia del Derecho penal*, ob. cit., págs. 46 y ss.: «En algunos casos es factible prescindir del sentido gramatical y declarar que rige como Derecho Penal algo que está en *contradicción con la letra de la ley*. La doctrina afirma que es posible la analogía *in bonam partem*. Esto es: que está permitido mantener una solución incompatible con la letra de la ley si ello favorece al reo y existen puntos de vista materiales que abogan por ella. [...] Pues bien: si lo que se alcanza con una interpretación analógica fundamentada materialmente, pero en contradicción con la letra de la ley, es, no una agravación de la pena, sino una atenuación de ella o incluso su exclusión, es claro que pretender seguir aplicando aquí la prohibición de analogía carecería de sentido. Pues su sentido es el del perjuicio que una interpretación sin base en el sentido gramatical puede causar al reo, no el beneficio que puede proporcionarle».

³⁵ Sobre el caso que dio lugar a esta sentencia nos informa ARZT, Günther, en Claus ROXIN / Gunther ARZT / Klaus TIEDEMANN (autores), *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, Versión española, notas y comentarios de los profesores Luis ARROYO ZAPATERO y Juan-Luis GÓMEZ COLOMER, Edit.: Ariel, Barcelona, 1989, pág. 92, en los siguientes términos: «En enero de 1978, Alí S. irrumpió en el domicilio del acusado, sobrino suyo, y amenazando a la mujer de éste con una pistola la obligó a yacer con él. El afecto de la víctima por su marido se deterioró progresivamente como consecuencia de la violación y, singularmente, por el hecho de que el autor fuera tío de aquél. La mujer intentó conseguir el divorcio del hasta entonces bien avenido matrimonio. Sólo en octubre de 1978 se atrevió la mujer a contar al marido lo ocurrido diez meses antes. El acusado, de nacionalidad turca como su tío, quedó estupefacto al conocer el hecho y, con lágrimas de desesperación, dijo a su mujer que se vengaría. Desde entonces no dirigió la palabra a su tío. El desequilibrio psicológico desencadenado por la violación llevó a la víctima a tres intentos de suicidio, el último a finales de febrero de 1979. En la mañana del 3 de marzo de 1979 se encontraron casualmente en la calle el tío y el sobrino. El acusado le exigió la devolución del resto de un préstamo, a lo que Alí respondió, encima, con chanzas sobre la violación cometida, y amenazando de muerte a su sobrino si no desaparecía de su vista, poniendo entre las cejas de aquel una pistola o algún

contradicción de la literalidad de la ley que prevé en el § 211 del Código penal alemán para el asesinato alevoso la pena absoluta, no susceptible de atenuación, de cadena perpetua, la posibilidad de atenuarla en casos en que, debido a las circunstancias del hecho, esa pena extrema sobrepasara la culpabilidad del autor, infringiendo el principio constitucional de proporcionalidad³⁶.

Hasta ahora la interpretación literal ha resultado útil para trazar los límites entre lo que podría llegar a decir el Derecho penal y lo que jamás podría afirmar —por contradecir el tenor literal de la ley—, pero desde “lo que podría decir” queda aún un largo camino hasta “lo que efectivamente diga”. Con objeto de averiguar esto último el método dogmático proporciona una serie de criterios de interpretación de sobra conocidos.

objeto que tenía apariencia de tal. De regreso al hogar el acusado meditó acerca de la situación y, reviviendo la grave ofensa cometida por el tío contra el honor de su mujer y de sí mismo y lo que había supuesto para su matrimonio, tomó la determinación de dar muerte a Alí S. Se echó al bolsillo una pistola automática y dijo a su mujer: ‘¡Hoy es su último día, si lo encuentro lo mato!’ Se dirigió a un local donde pensó que podría encontrar a su tío, lo que así sucedió. Lo saludó y se sentó en la barra. Allí se percató de que su tío centraba su atención en el juego de cartas y de que no daba muestras de esperar ataque alguno por su parte, tras lo cual extrajo la pistola del bolsillo y disparó sobre él 14 o 16 balas que le alcanzaron de muerte».

³⁶ Al respecto ROXIN, Claus, en Claus ROXIN / Gunther ARZT / Klaus TIEDEMANN (autores), *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, ob. cit., pág. 65, comentando la sentencia del BGHSt 30, 105 de mayo de 1981: «[...] el Tribunal Supremo Federal resolvió recientemente que la pena de privación de libertad perpetua para los casos de asesinato establecida por la ley podría en algunos casos excepcionales ser atenuada en contra del propio tenor literal de la ley, para evitar que, de otro modo, pudiera resultar superada la medida de la culpabilidad del autor. En los fundamentos de Derecho del Tribunal supremo puede leerse lo siguiente: La previsión para el asesinato de la prisión perpetua como pena única (§ 211, 1) excluye la posibilidad de toda graduación que atienda a las características del caso concreto. Pero una interpretación de la ley conforme a la Constitución exige su sustitución por un marco penal que haga factible esa graduación para los casos en los que la comisión alevosa del homicidio coincide con circunstancias que implican una menor culpabilidad, de modo tal que sea posible una atenuación de la pena en aquellos casos en los que la prisión perpetua pudiera resultar contraria al principio constitucional de proporcionalidad». De igual opinión ARZT, Günther, en Claus ROXIN / Gunther ARZT / Klaus TIEDEMANN (autores), *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, ob. cit., pág. 93, nota 5, quien habla de la posibilidad de una atenuante, presente en esta sentencia, como una «vía contraria a la letra de la ley» y GÜNTHER, Hans-Ludwig, «Lebenslang für „heimtückischen Mord“? Das Mordmerkmal „Heimtücke“ nach dem Beschluß des Großen Senats für Strafsachen», en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Año 35, Cuaderno 8, 1982, pág. 354: «El pleno de la sala de lo penal [del Tribunal Federal alemán] se decidió a favor del [marco penal] del § 49 I Núm. 1. Él construye una causa de atenuación de la pena supralegal, referida a “circunstancias extraordinarias, en virtud de las cuales la imposición de la cadena perpetua aparece como desproporcionada”, y la equipara a las causas de atenuación de la pena legales que remiten al marco penal del § 49 I [Der Große Strafsenat entscheidet sich für den des § 49 I Nr. 1. Er bildet einen übergesetzlichen Strafmilderungsgrund der ‘außergewöhnlichen Umstände, aufgrund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheint’, und stellt ihn den auf den Strafraumen des § 49 I verweisenden gesetzlichen Strafmilderungsgründen gleich]».

En primer lugar, la interpretación histórica del precepto a partir de antecedentes legislativos, de sus trabajos preparatorios, de la exposición del motivo de la regulación puede servir, en ciertas ocasiones, para hacer más claro el auténtico sentido de la norma. Por ejemplo, según el artículo 22.1 del Código penal de 1995 se ejecuta el hecho con alevosía «cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas». Saber aquí a qué se refiere el artículo con esta expresión no resulta fácil, desde el momento en que el Código de 1995 no contiene Título alguno con semejante rúbrica. Pero si, como se verá en el capítulo 3, se acude, tal y como ha hecho la doctrina, al antiguo Código de 1973, resulta que su Título VIII del Libro II sí lleva el nombre de “delitos contra las personas”, y además que bajo él se incluyen los delitos de homicidio, infanticidio, aborto y lesiones. No contando con ningún motivo para suponer que el legislador del 95 haya pretendido ampliar el ámbito de aplicación de la alevosía más allá de lo que lo hacía el legislador del 73, el sector mayoritario de la doctrina, gracias a una interpretación histórica, llega a la conclusión de que al hablar el artículo 22.1 de los «delitos contra las personas» se refiere no a cualesquiera de los delitos que se cometen contra personas particulares, como por ejemplo unas amenazas o un delito contra la intimidad, sino únicamente a aquellos que, como el homicidio, infanticidio, aborto y lesiones, dirigidos a personas revelan además un ataque en su realidad física corporal³⁷.

Sin embargo, no todas las dudas sobre lo que dice un precepto se aclaran a la luz de la interpretación histórica. Es más, si el sentido real de una norma penal puede revelarse en virtud de las leyes vigentes, esta alternativa parece preferible que acudir a textos legales, que hace tiempo perdieron su vigencia, o regirse por los trabajos preparatorios, y no por el fruto legislativo en que se concretaron. Esto abre las puertas a un tercer criterio —además del de la interpretación literal e histórica— para conocer el

³⁷ Por todos, MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Edit.: Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, pág. 635: «Según la fórmula del art. 22, 1º, la alevosía sólo es aplicable a los *delitos contra las personas*. En la terminología del CP anterior —que usaba la misma expresión—, ‘delitos contra las personas’ eran solamente los contenidos en el Título VIII del Libro II: los delitos contra la vida independiente y los de aborto y de lesiones. No cabía estimar la agravante en los demás delitos contra los particulares (como, p. ej., los que atacan al honor y a la libertad). En el actual CP ha desaparecido aquella rúbrica ‘delitos contra las personas’ de la Parte Especial. Pero no parece que se pretenda ahora extender las agravantes a todos los delitos contra los particulares. Tal vez sea conveniente mantener el criterio al que respondía aquella rúbrica y, en consecuencia, limitar la agravante a los delitos contra las personas en su realidad físico corporal —siempre que no impliquen ya la alevosía, como el auxilio ejecutivo al suicidio».

Derecho penal; la llamada interpretación sistemática³⁸, con arreglo a la cual se trata de saber lo que dice la norma en concordancia al resto de las normas del sistema de que forma parte, es decir, de la legislación penal vigente. Así en el ejemplo del artículo 138 que regula el homicidio una de las preguntas que hacíamos era la si este precepto incluía todas las modalidades de matar. En principio nada en su literalidad se opone a que cualquier forma de dar muerte se le vincule la pena del 138, pues ninguna se habría de excluir en principio de un precepto que afirma «el que matare a otro será castigado [...]». Pero lo cierto es que del artículo 138 se excluyen varios supuestos en que se mata a otro. Sin embargo, esto sólo se averigua si pasando la página del Código leemos por ejemplo el artículo siguiente, el 139, donde encontramos que si resulta que «el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias» de alevosía, precio, recompensa o promesa, o con ensañamiento es castigado con una pena de prisión de quince a veinte años, será imposible que se le castigue, a pesar de ser todos ellos supuestos de matar a otro, a tenor del 138 con la pena de diez a quince años. Una interpretación acorde a los otros artículos del Código penal, en este caso el 139, arroja que, a pesar de su sentido literal, el 138 no habla de toda forma de matar a otro, dejando fuera —además de otras— las propias del 139.

Pero tampoco todo se soluciona con la interpretación sistemática. Por mucho que ayude, siempre podrá ocurrir lo siguiente; que aunque a partir de esta interpretación se resuelvan muchas cuestiones acerca del sentido real de una norma, en cambio otras tantas queden sin respuesta por no existir referencia a norma alguna del sistema para resolverlas. A esto se ha aludido, en ocasiones, diciendo que «el legislador es, a veces, un mal sistemático»³⁹, queriendo dar a entender que ni incluso poniendo en relación todos los artículos de la legislación penal relativos a una norma penal concreta, seríamos capaces de saber todavía lo que ésta nos dice para todo caso que pudiera presentarse. Por ejemplo, una interpretación sistemática a partir del artículo 139 muestra que existen modalidades de dar muerte no castigadas con la pena del 138, entre las que se cuenta el matar a otro concurriendo la circunstancia de alevosía. Podríamos preguntarnos ahora qué sea eso de la alevosía, y he aquí que el sistema del propio Código penal nos

³⁸ Debe prestarse atención al sistema al que atiende esta interpretación. El Derecho penal considerado tanto como objeto —conjunto de normas estudiadas— cuanto como ciencia —serie de conocimientos obtenidos del estudio de las normas— es un sistema. En este momento me refiero al Derecho penal en tanto que objeto y, por tanto, al sistema que forman las normas penales.

³⁹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Concepto y Método de la ciencia del Derecho penal*, ob. cit., pág. 52.

responde a esta cuestión en el artículo 22.1: «Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido». Pero, a partir de ahí no encontramos en el Código penal ninguna otra explicación de lo que sea alevosía. ¿Estaremos conformes?, ¿sabemos ya cuáles son esos supuestos de muerte alevosa que caen bajo el 139? Si lo supiéramos, si todo estuviera resuelto con la definición del 22.1, carecería de sentido que se hubieran escrito diferentes comentarios, artículos y monografías sobre la alevosía, y también el escribir esta misma tesis. En cambio, entre otras muchas cosas, dudamos de si los “medios, modos o formas” han de interpretarse restringidamente a los de carácter físico o han de incluirse también los de naturaleza psíquica, dudamos sobre en qué momento se hayan de emplear dichos medios, si ya desde el inicio de la acción típica o si basta que se empleen en un momento posterior de la ejecución⁴⁰, dudamos de si el término “tiendan” posee un sentido objetivo, y lo que tienden son los medios, modos o formas en sí mismos, o si su sentido es únicamente subjetivo, y refleja la voluntad del autor de que los medios, modos o formas aseguren, o si acaso ambas cosas, dudamos de si ese mismo “tiendan” se refiere conjuntamente al aseguramiento y a la evitación del riesgo de defensa o de manera exclusiva al aseguramiento⁴¹, dudamos de si la alevosía es compatible con el dolo eventual y así seguimos dudando sobre otras cuestiones acerca del 22.1 que están lejos de haber sido plenamente resueltas.

Lo que ocurre es que las posibilidades de acudir, para interpretar la norma, a la labor del legislador se han agotado, y aún no sabemos bien en todo caso lo que dice la norma⁴². El legislador en su redacción literal de la norma (interpretación literal), ha

⁴⁰ DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., «Artículo 22.1», en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, artículos 19 a 23, Edit.: Edersa, Madrid, 1999, pág. 802.

⁴¹ SEGRELLES DE ARENAZA, Iñigo, «Artículo 22.1», en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, artículos 19 a 23, Edit.: Edersa, Madrid, 1999, págs. 865 y ss.

⁴² Evidentemente me estoy sólo refiriendo a los criterios de interpretación vinculados a la labor del legislador, a sus textos legales vigentes o derogados. Además de estos el Código Civil en su artículo 3.1 previene otros dos criterios más, el progresivo y el teleológico: «Las normas se interpretaran según el sentido propio de sus palabras [interpretación literal], en relación con el contexto [interpretación sistemática], los antecedentes históricos y legislativos [interpretación histórica], y la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas [interpretación progresiva], atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas [interpretación teleológica]». Por razones de exposición más tarde me ocuparé, por su mayor importancia para el Derecho penal, de criterio teleológico, sin que esto signifique descuidar del todo el criterio progresivo, el cual a mi juicio está conectado con el teleológico; el hecho de que a las normas se les asigne uno u otra finalidad o tarea depende frecuentemente del tiempo en que han de ser

marcado las fronteras de lo que ésta podría decir, y sus obras legislativas anteriores y trabajos preparatorios de las vigentes (interpretación histórica), así como la formación que efectúa del sistema normas (interpretación de acuerdo al sistema de legislación penal) han permitido avanzar un buen trecho en el camino desde “lo que podría decir” hasta “lo que en realidad dice” la norma, pero sin que acabemos por saber qué sea esto que efectivamente diga. El problema consiste entonces en que las normas todavía no están suficientemente determinadas, porque aún no somos capaces de discriminar qué casos sí —y cuáles otros no— se incluyen bajo su tenor literal. Corresponde, entonces, al trabajo del dogmático concretar todavía las normas⁴³ en todos aquellos supuestos cuya inclusión o exclusión de la norma no hayan podido solventar ni la interpretación literal, ni la histórica, ni la sistemática. Y la cuestión es cómo *fundamenta* el dogmático esa

aplicadas.

⁴³ Puede sorprender el hecho de que digamos que el científico del Derecho penal se encarga de concretar las normas jurídico-penales, cuando precisamente en muchas ocasiones se le ha acusado de conformar conceptos abstractos, olvidándose de lo concreto. En este sentido ANTÓN ONECA, José / RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *Derecho Penal, Tomo I, Parte General*, Madrid, 1949, pág. 11, afirman: «La ciencia del derecho penal es en primer término dogmática jurídica, o sea sistema del derecho positivo. Su método es principalmente el lógico abstracto, que procede por generalizaciones sucesivas. Parte de la interpretación del precepto, obtiene después las notas comunes a una serie de preceptos llegando al concepto de intuición, y, finalmente, alcanza los principios fundamentales del sistema». LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, ob. cit., pág. 93, mantiene que: «[...] por inducción y abstracción, así como también por deducción de los principios generales del Derecho y de los principios constitucionales, la dogmática del Derecho penal elabora categorías generales». LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Edit.: Ariel Derecho, 1ª edición, Barcelona, 1994, pág. 438, en sentido similar indica: «[...] [el método] se basa en que se han de separar y generalizar, de los supuestos de hecho que son objeto de una regulación jurídica, determinados elementos, [...] de ellos se formarán conceptos genéricos que serán ordenados de modo que, añadiendo o sustrayendo notas distintivas específicas particulares, pueden alcanzarse distintos grados de abstracción». El problema aquí es saber con respecto a qué el trabajo del dogmático se considera abstracto. Si pensamos en los supuestos de hecho subsumibles en la norma penal, está claro que las categorías del dogmático son abstractas. Un caso real de asesinato es incomparable más concreto, en su ejecución externa o en su vertiente anímica, que el concepto de asesinato manejado por los dogmáticos. Ahora bien, si de lo que se trata es de la norma penal, su literalidad es incomparablemente más abstracta que el trabajo concreto del dogmático realizado sobre ella. Y así los artículos y monografías publicados sobre el delito de asesinato caracterizan con mucha mayor particularidad y concreción el tipo regulado en el artículo 139 del Código Penal, de lo que lo hace la propia norma. El trabajo de la Ciencia penal respecto a su objeto —las normas— es de concreción, como en realidad ocurre en cualquier otra ciencia. El conocimiento nunca va de lo concreto a lo abstracto, sino al contrario: se parte siempre de un conocimiento abstracto o vago del objeto —de las normas penales, en nuestra ciencia— y se avanza progresivamente gracias al trabajo científico —plasmado en artículos y libros— hacia mayores cotas de concreción en nuestro conocimiento. En el mismo sentido ORTEGA Y GASSET, José, «Vieja y nueva Política (Conferencia dada en el Teatro de la Comedia el 23 de Marzo de 1914)», en *Obras Completas de José Ortega y Gasset*, Tomo I (1902-1916), Edit.: Revista de Occidente, 7ª edición, Madrid, 1966, pág. 284: «Y la dignidad del hábito mental, adquirido por quien vive en obra de intelección, es moverse no sólo en las cosas concretas, sino saber que para llegar a ellas fina y acertadamente hay que tomar la vuelta de las orientaciones generales. Lo general no es más que un instrumento, un órgano para ver claramente lo concreto; en lo concreto está su fin, pero él es necesario. Mientras sean para los españoles sinónimos la idea general y lo irreal, lo vago, todo empeño de renacer fracasará. Porque cultura no es otra cosa sino esa premeditada, astuta, vuelta que se toma con el pensamiento —que es generalizador— para echar bien la cadena al cuello de lo concreto».

concreción —que unos casos se subsuman en la norma y otros no— si no puede, a partir de ahora, apoyarse en los trabajos del legislador penal, pues tanto la letra de la norma, como el sistema legislativo penal actual y anteriores han sido empleados previamente, y siguen, sin embargo, manteniéndose dudas sobre el ámbito de aplicación de la norma. Los *fundamentos*, ofrecidos a lo largo de la historia de nuestra ciencia, son tantos como escuelas dentro del Derecho penal han existido. Cada una ha pretendido mantener un particular fundamento desde el cual pudiera hacerse posible una lectura más acabada y concreta de una literalidad, no suficientemente exhaustiva, de las normas penales⁴⁴. Por eso el *fundamento*, como dijimos anteriormente, nunca resulta algo obtenido de la misma norma que debe fundamentarse, sino un instrumento del método empleado por la ciencia del Derecho penal para constituir un sistema unificado y coherente de saber, desde el que se haga posible conocer más concreta, perfecta y acabadamente las normas penales, cuando ya no se cuenta con la ayuda de los textos legales. Así las diversas escuelas penales con objeto de garantizar un saber más acabado y concreto de la norma penal han acudido, por citar los principales, a un fundamento bien de corte filosófico, o bien positivismo-naturalista de VON LISZT (fundamento *naturalístico*), o neokantista de RADBRUCH (fundamento *valorativo*) o basado en las estructuras lógico-ontológicas del finalismo de WELZEL (fundamento *ontológico*), o en el pensamiento problemático de la tópica de VIEHWEG, etc.⁴⁵, siendo sostenido en los últimos tiempos un fundamento conectado a la tarea del Derecho penal (fundamento normativo)⁴⁶.

⁴⁴ ALCACER GUIRAO, Rafael, «Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal», ob. cit., pág. 216: «la dogmática —la cual, al fin y al cabo, halla su misión fundamental en la aportación de criterios razonados y razonables de interpretación de las normas a los aplicadores del Derecho—».

⁴⁵ ROXIN, Claus, «Sobre la significación de la sistemática y la dogmática del Derecho penal», ob. cit., pág. 42: «[...] la construcción sistemática y conceptual penal, conforme a la tradición continental europea (y sobre todo alemana), ha sido dependiente siempre de las tendencias filosóficas y no de las tendencias político criminales. Así hasta bien entrado el S. 19 [sic] dominó en los Manuales de Derecho penal la filosofía de Hegel. Alrededor de 1.870 fue superada por un naturalismo científico espiritual orientado en el ideal de exactitud de las ciencias naturales, a lo cual siguió en el S. 20 [sic] una época de neokantismo y por último el finalismo referido a estructuras ontológicas fenomenológicas». Señalando las mismas etapas de la evolución histórica de la dogmática a las que añade el normativismo, MIR PUIG, Santiago, «Límites del normativismo en Derecho penal», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, Núm. 7, 2005, pág. 3: «Si el normativismo de Roxin y Jakobs reaccionó contra el ontologismo de Welzel, éste había surgido a su vez en oposición al relativismo valorativo neokantiano, el cual por su parte se había contrapuesto al naturalismo de Von Liszt». En este artículo puede verse una caracterización de cada una de estas etapas, y para mayor desarrollo véase MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal: concepto y método*, Edit.: B de F, 2ª edición, Montevideo-Buenos Aires, 2002, pág. 96 y ss.

⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal», ob. cit., pág. 91: «[...] desde las aportaciones de Roxin parece haberse asumido muy mayoritariamente que la dogmática de la teoría del delito debe tratar de eludir el apriorismo y abrirse a la argumentación político-

iv) El fundamento normativo respecto de la tarea del Derecho penal

Si ahora nos ocupamos del fundamento normativo, además de por su aceptación hoy en día predominante entre la doctrina⁴⁷, es porque además coincide con el cuarto y último de los criterios interpretativos del método dogmático, la interpretación teleológica, cuyo tratamiento se había pospuesto a propósito para este momento. En efecto, en virtud del criterio teleológico se entiende que las normas deben leerse a la luz del fin para el que fueron previstas. Como en la rama penal las normas sirven a las finalidades específicas del Derecho penal, el criterio teleológico debe conducir a que las normas jurídico-penales sean interpretadas conforme a dicha finalidades.

Pues bien, la pretensión de mantener un fundamento normativista del sistema no parece arrojar un resultado en sustancia diferente⁴⁸. Quienes la defienden parten de un rechazo compartido a que el sistema del Derecho penal se construya, como pretendía el

criminal, esto es, a la consideración de su contribución a la consecución, en general y en cada caso, de las finalidades propias del Derecho penal». El punto de arranque de la concepción normativa del sistema penal puede datarse, seguramente mejor que en cualquier otro acontecimiento, en el hito de la publicación en 1970 de la obra *Kriminal Politik und Strafrechtssystem* de ROXIN. El mismo autor en unas palabras previas a la segunda edición de la traducción española de esta obra en 2002 (*Política criminal y sistema del Derecho penal*, traducción e introducción de Francisco MUÑOZ CONDE, Edit.: Hammurabi, Buenos Aires) indicaba: «Me alegra mucho [...] presentar mi breve escrito programático *Kriminal Politik und Strafrechtssystem*, publicado hace ya treinta años en lengua alemana y veintiocho en lengua española. Entonces intenté oponer a los esfuerzos causalistas y finalistas de sistematización del Derecho penal —teorías de base óptica— una concepción normativa, que orientara el sistema del Derecho penal en valoraciones rectoras de carácter político-criminal».

⁴⁷ Los dos máximos representantes serían Claus ROXIN y Günther JAKOBS. Vid. MIR PUIG, Santiago, «Límites del normativismo en Derecho penal», *ob. cit.*, pág. 2: «Desde hace más de treinta años se ha ido imponiendo en forma creciente un enfoque normativista de las cuestiones jurídico-penales. Dos han sido los autores que más han contribuido a esta evolución: Roxin, primero, y Jakobs, después. Los dos contrapusieron sus (distintas) perspectivas normativistas al ontologismo característico del finalismo de Welzel». Aunque en muchas ocasiones se denomina a esta corriente penal con el nombre de “funcionalismo”, preferimos referirnos a ella como teoría normativa. La preferencia se explica por que el término “funcionalismo” en parte parece haber sido acaparado por la tendencia iniciada por JAKOBS, y en parte el propio ROXIN parece reacio a utilizar este término cuando alude a su propia teoría. En este sentido SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Política criminal en la dogmática: Algunas cuestiones sobre su contenido y límite», en ROXIN (autor), *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, traducción de Carmen GÓMEZ RIVERO y María del Carmen GARCÍA CANTIZANO, Edit.: Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 100, nota 13: «cuando Roxin tiene que referirse a su propio sistema, prescinde de los términos funktional o zweckrational [sic: sin cursiva ni entrecomillado], en cuyo marco general se había situado previamente, para hablar de los ‘Grundlagen eines teologisch-kriminalpolitischen Systementwurfs’: Roxin, AT, I, 2.ª ed., § 7, N.ª marg. 50».

⁴⁸ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, «La referencia político-criminal en el Derecho penal contemporáneo», en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, en Emilio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Manuel GURDIEL SIERRA y Emilio CORTÉS BECHIARELLI (coords.), Edit.: Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 866: «Si se trasciende la disparidad terminológica y se atiende al plano material, fácilmente se advierte que las argumentaciones que ahora se denominan ‘político-criminales’ habrían sido lisa y llanamente consideradas ‘teleológicas’ en momentos anteriores, sin pérdida de contenido informativo alguno».

finalismo, desde una base ontológica⁴⁹. Creen que no es en cuestiones prejurídicas del ámbito del ser, sino en el propio campo jurídico-normativo donde debe encontrarse el fundamento del sistema. En concreto, dicho fundamento lejos de ser ajeno a las normas, se radica en las mismas, pero no tanto en su contenido literal como en los fines y objetivos previstos para las normas del Derecho penal. Esa misión encargada a las normas penales se identifica, para la postura normativa, con “la tarea del Derecho penal”, que pasa a constituirse desde ahora en el principio interpretativo fundamental de todo el sistema, de manera similar a lo que ocurría en la interpretación teleológica.

Ahora bien, siguiendo este planteamiento, la determinación de la función o tarea del Derecho penal corresponde a la política criminal⁵⁰. Y es ahora cuando cobra un sentido más preciso aquello que se decía arriba; que, aun cuando no nos ocupáramos de la política criminal sino de hacer dogmática, era necesario para conocer el Derecho penal, para interpretar adecuadamente el conjunto de sus normas jurídico-penales, contar con el fundamento que proporciona la política criminal⁵¹, cuando establece cuál sea la tarea del Derecho penal. La política criminal resulta, entonces, fundamental, en tanto proporciona un fundamento para el conocimiento dogmático acerca de qué digan en concreto las normas⁵².

⁴⁹ ROXIN, Claus, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, ob. cit., pág. 65: «Si se compara la concepción aquí esbozada, en lo que se refiere a sus consecuencias para la teoría de los fines de la pena, con el postulado funcionalista teórico-sistémico [...] tal como en la formulación de Jakobs ha encontrado su acuñación más influyente, puede decirse que ambos coinciden en su punto de partida normativo y en la consiguiente renuncia a cualquier pretensión de fundamentar el sistema penal en regulaciones de corte ontológico». MIR PUIG, Santiago, «Límites del normativismo en Derecho penal», ob. cit., pág. 6: «El normativismo que Roxin opuso al finalismo, desvinculó el fundamento de la dogmática de exigencias ontológicas, para basarla en decisiones político-criminales —como la atribución a las penas y medidas de seguridad de una función de protección de bienes jurídicos a través de la prevención de delitos—, que no se imponen al legislador, sino que éste elige de entre otras posibles».

⁵⁰ MIR PUIG, Santiago, «Límites del normativismo en Derecho penal», ob. cit., pág. 18: 10: «Aquí partimos de que el Derecho es una construcción humana caracterizada por la función de regular la vida de los seres humanos. También el Derecho penal tiene tal función. Hay diferentes formas de concretar esa función, que en última instancia dependen de la orientación política del Estado. En un Estado social y democrático de Derecho como el que consagra la Constitución española y que, con uno u otro nombre y distintos matices de importancia, es predominante en los países occidentales, corresponde al Derecho penal una función de prevención limitada de delitos, entendidos estos como hechos dañosos para intereses directos o indirectos de los ciudadanos».

⁵¹ ARZT, Günther, *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, ob. cit., pág. 118: «En el proceso legislativo, es decir, en la decisión acerca de si los viejos preceptos penales deben derogarse o deben crearse preceptos nuevos, así como también a la hora de proceder a la interpretación de los preceptos penales vigentes, deben entrar en juego consideraciones político-criminales».

⁵² La idea de que el sistema de ciencia del Derecho penal debe fundamentarse en la política criminal es quizá la aportación más importante del Claus ROXIN. Esta sería la idea rectora de su obra de 1970 *Kriminal Politik und Strafrechtssystem* [Política criminal y sistema del Derecho penal], pero también puede encontrarse en obras más recientes como *Política Criminal y Estructura del delito*, ob. cit., pág. 46:

El caso de la norma jurídico-penal del artículo 22.1 del Código penal que regula la alevosía no constituye una excepción. Su fundamento, en caso de que lo tenga, no podrá ser diferente al que sustenta, en la finalidad o tarea del Derecho penal, el resto del sistema. Si, en cambio, se demostrara que la norma de la alevosía no responde a ninguna finalidad u objetivo del Derecho penal, entonces con toda razón podría afirmarse, pese a su vigencia positiva, que carece de un fundamento legítimo en el sistema, y recomendar de *lege ferenda* su salida del Código penal.

Por eso, en adelante se tratará de partir de la tarea del Derecho penal, establecida de antemano como fundamento del sistema, y comprobar si en la base que proporciona es posible fundamentarse la norma de la alevosía⁵³. El método elegido —el tradicional en la dogmática pero con la particularidad de su fundamentación teleológico-normativa— sigue justo el camino inverso de la postura mayoritaria criticada anteriormente, que

«El derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal» se dice en List, mientras que yo opino por el contrario, que la política criminal es la fuente de la construcción penal conceptual y sistemática. Esto lo quiero tratar más detenidamente en lo que sigue conforme a una fundamentación político criminal a la vista de la teoría del tipo, de la antijuricidad y de la culpabilidad». En el mismo sentido ALCACER GUIRAO, Rafael, «Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal», ob. cit., pág. 221: «Estimo que la dogmática debe venir presidida por consideraciones de carácter político-valorativo [...], lo que inevitablemente conduce a partir de los fines que debe cumplir el Derecho penal como criterio de decisión y construcción del sistema». En el mismo sentido, CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, ob. cit., pág. 230: «[...] es necesario dotar a la ciencia del Derecho penal de un contenido básicamente político-criminal». Según ANTÓN ONECA, Antonio / RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *Derecho Penal. Tomo I, Parte General*, ob. cit., pág. 12, VON LISTZ tampoco habría estado lejano de esta idea: «En realidad, Listz no separaba totalmente la política criminal y la ciencia del derecho penal. Nos dice que aquélla no sólo da los criterios para la crítica del derecho vigente y para la determinación de lo que debe regir, sino que también nos enseña a entender aquél a la luz de su fin y aplicarle en vista de ese fin a los casos particulares. Y dedica a los principios directores de esta disciplina un capítulo en la introducción de su tratado de derecho penal. Pero el positivismo jurídico, en su empeño de hacer construcciones jurídicas puras, se esforzó por librar a la ciencia del derecho penal de toda mezcla con la política criminal, la cual sería disciplina completamente independiente».

⁵³ PAWLIK, Michael, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, Edit.: Duncker & Humblot, Berlín, 2004, pág.13: «¿Por qué no debería un dogmático del Derecho penal poseer la libertad de declarar su renuncia a explicaciones sobre la legitimidad de la pena? Quien esto haga, bien es cierto, no se deja en sentido estricto rebatir. Pero él por una parte no atendería a que la configuración del sistema de Derecho penal, del proceso penal y en último término también del cumplimiento de la pena es en todo caso establecido en sus rasgos principales a través de la teoría de la pena subyacente y que por este motivo aquel que se cierra a la teoría de la pena se dificulta también un entendimiento adecuado del correspondiente derecho vigente —y sobre todo la distancia crítica frente a éste— [Weshalb sollte ein Strafrechtsdogmatiker nicht die Freiheit besitzen, seinen Verzicht auf Belehrungen über die Legitimität der Strafe zu erklären? Wer dies täte, ließe sich zwar nicht im strengen Sinne widerlegen. Er würde aber zum einen außer Acht lassen, daß die Ausgestaltung des Strafrechtssystems, des Strafverfahrens und letztlich auch des Strafvollzugs durch die zugrundeliegende Straftheorie jedenfalls in den Grundzügen festgelegt wird und daß aus diesem Grunde derjenige, der sich der Straftheorie verschließt, sich auch ein angemessenes Verständnis des jeweils geltenden Rechts – und erst recht die kritische Distanz diesem gegenüber – erschwert]»

partía de la norma de una circunstancia concreta y desde ahí trataba de atisbar en alguna de las categorías del sistema los indicios de un fundamento válido.

1.2 Los fines de la pena como fundamento (de interpretación)

1.2.a) Breve consideración sobre los fines de la pena

Aunque la finalidad del Derecho penal no coincide exactamente con los propios fines de la pena⁵⁴, en cambio éstos sí constituyen, como dice ROXIN, «el camino con el

⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Edit.: Bosch, Barcelona, 1992, pág. 180: «En cualquier caso, modernamente ha podido advertirse que la compleja cuestión de la legitimación del Derecho penal no puede abordarse satisfactoriamente tomando como único punto de partida el de las ‘teorías de la pena’. En efecto, el Derecho penal no sólo se explica por la pena (o la medida de seguridad), ni reduce sus fines en sociedad a los que éstas puedan cumplir. Ello justifica que la denominación aquí acogida para estudiar el abanico de cuestiones de la legitimación de la intervención jurídico-penal sobre la sociedad sea la de ‘fines del Derecho penal’» y pág. 187: «Ha sido, en cambio, lo más frecuente identificar la misión del Derecho penal con la protección de la sociedad [...] En la base de la mencionada actitud se halla la tesis que estima que los fines del Derecho penal se corresponden con los fines de sus consecuencias jurídicas, estimándose que éstas son las penas y las medidas de seguridad. Sin embargo, debe repararse en que otra consecuencia jurídica de la intervención del Derecho penal es la no aplicación de la pena ni de la medida de seguridad: la libertad, en suma. Una postura reduccionista, que ignore este aspecto, puede implicar un menoscabo de aspectos decisivos de la intervención jurídico-penal [...]». Según lo visto, este autor piensa que la misión del Derecho penal no se reduce a los fines de la pena, por lo que cree necesario distinguir entre los fines (o la misión) del Derecho penal y los fines de la pena. La base de esta diferenciación se encontraría en el surgimiento del Derecho penal moderno ilustrado. Según piensa SILVA SÁNCHEZ (ob. cit., pág. 190) lo característico del Derecho penal moderno no estaría en lo “penal” (lo punitivo) sino que su especificidad se encuentra en ser “Derecho” (en someter lo punitivo a garantías jurídicas). Esto hace que en el Derecho penal surgido de la Ilustración convivan en cierta relación de conflicto los fines punitivos (de las penas) junto a los fines garantísticos, pero de modo tal que a diferencia de lo que ocurría anteriormente se pretende a partir de la modernidad que el aspecto jurídico-garantístico prime sobre el punitivo (ob. cit., pág. 191). Esta tensión derivaría, en el fondo, de la misión atribuida al Derecho penal con el surgimiento de la modernidad, la cual consiste en «una relación dialéctica entre el interés en eliminar la violencia social extrapenal [para lo que se necesitan imponer penas] y el interés en disminuir la propia violencia del sistema penal [para lo que se necesitan establecer garantías a la imposición de penas]», relación conflictiva que a la vez ha sido según el autor un acicate para el progreso alcanzado en la ciencia, legislación y práctica penal durante los últimos dos siglos, en la medida, se supone, en que la componente jurídico-garantística se ha ido imponiendo sobre la punitiva (ob. cit., pág. 186). Evidentemente, uno debe estar de acuerdo con SILVA SÁNCHEZ en que la tarea o los fines del Derecho penal no coinciden exactamente con los de la pena, en cuanto que atribuir determinados fines a la pena (prevención o retribución) es sólo el medio o instrumento del que se sirve el Derecho penal para cumplir su fin propio que no es otro a mi juicio que garantizar la convivencia social; prevenir o retribuir no es exactamente el fin de garantizar la convivencia, sino medios de conseguir tal fin. Sin embargo, no se puede estar de acuerdo en que en la propia noción de pena no esté ya incorporada de manera intrínseca la componente jurídica. Una pena no se define simplemente como un mal sino como un mal sometido a condiciones y garantías jurídicas. Si no fuera así el Derecho penal y los penalistas deberíamos emplear el nombre de “pena” para referirnos a cualquier causación de un mal independientemente de quién lo causara y de cuáles fueran las razones para causarlo. Pero, ni el Derecho penal, ni los penalistas están dispuestos a reconocer una pena en los fenómenos de violencia informal, es decir, que exista una pena ahí donde, por ejemplo, un particular causa un mal a otro por motivos de venganza. Es decir, sólo dentro del Derecho, sólo bajo el sometimiento a determinadas condiciones y garantías jurídicas la causación de un mal puede ser reconocida como una pena. Pues bien, en este contexto las teorías de la pena tampoco están al margen de lo jurídico, sino que son propiamente ejercicios teórico-jurídicos, es decir, intentan establecer desde una perspectiva teórica las condiciones

que puede conseguirse esa meta»⁵⁵. De ahí que, en un segundo paso, sea necesario una aclaración suficiente acerca del porqué de la selección de los fines de la pena, que habrán de ser tomados en adelante como fundamento posible de la norma de la alevosía, aun cuando este trabajo de investigación no pueda ocuparse, ni siquiera a pequeña escala, de una problemática tan basta y controvertida como la representada por los fines de la pena⁵⁶.

jurídicas necesarias para la imposición de penas, o dicho de otra manera, pretenden determinar desde la ciencia penal qué concretos fines deben ser satisfechos para que sea admisible jurídicamente denominar pena a una imposición de un mal. De esta manera no sólo debe negarse que los fines de la pena sean ajenos a la componente jurídica del Derecho, sino que más bien al contrario en ellos reside lo específicamente jurídico; los fines de la pena son las condiciones jurídicas que tienen que cumplirse para que un fenómeno no jurídico como la imposición de un mal adquiera la cualidad jurídica de pena. Véase una opinión similar a la de SILVA SÁNCHEZ en CUERDA RIEZU, Antonio Rafael, «¿Acaso no persigue ningún fin el Derecho penal cuando los jueces no imponen pena ni medida de seguridad?», en Carlos GARCÍA VALDÉS / Margarita Valle MARISCAL DE GANTE / Antonio Rafael CUERDA RIEZA / Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA / Rafael ALCACER GUIRAO (coords.), *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Edit.: Edisofer, Madrid, 2008, quien trata de demostrar que la identificación entre fines del Derecho penal y fines de la pena estaría errada, con base en que también se cumplen fines del Derecho penal cuando jueces y tribunales no imponen penas (ni medidas de seguridad) y por tanto no se cumplen los fines de éstas últimas. Sin embargo, sorprendentemente se olvida aquí que los fines de la pena no se cumplen sólo cuando se imponen penas sino también cuando no se imponen. Por ejemplo el fin de prevención establece la condición jurídica de que se debe imponer una pena sólo si sirve para prevenir, lo que a contrario significa que si no se impone una pena porque no tiene ninguna utilidad preventiva se está cumpliendo con el fin de prevención.

⁵⁵ ROXIN, Claus, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, ob. cit., pág. 59: «Si se parte de que el Derecho penal debe garantizar una convivencia pacífica y libre en sociedad, algo que no puede cuestionarse con seriedad, las teorías de la pena determinan el camino con el que puede conseguirse esa meta». EL MISMO, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen · Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Edit.: C. H. Beck, 4ª edición, Múnich, 2006, pág. 69: «El fin de la pena que debe imponerse en el caso concreto ha de diferenciarse de la tarea del Derecho penal, por tanto de las prescripciones penales. Si el Derecho penal debe servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos, y con ello al libre despliegue del individuo y al mantenimiento de un orden social fundado sobre ese principio, [entonces] a través del establecimiento de estas tareas se determina en principio solamente qué comportamiento tiene permitido el Estado amenazar con [una] pena. Pero con esto todavía no está decidido sin más de qué modo debe actuar la pena, para hacer justicia a la tarea [corresponder] del Derecho penal. A esa pregunta responde la teoría de los fines de la pena, la cual evidentemente —a lo que no se le presta atención suficientemente— siempre tiene que quedar referida al fin del Derecho penal que está detrás [Von der Aufgabe des Strafrechts, also der Strafvorschriften, ist der Zweck der im konkreten Fall zu verhängenden Strafe zu unterscheiden. Wenn das Strafrecht dem subsidiären Rechtsgüterschutz und damit der freien Entfaltung des Einzelnen und der Aufrechterhaltung einer auf dieses Prinzip gegründeten Sozialordnung dienen soll, wird durch diese Aufgabenstellung zunächst nur bestimmt, welches Verhalten der Staat mit Strafe bedrohen darf. Es ist damit aber noch nicht ohne weiteres entschieden, auf welche Weise die Strafe wirken soll, um der Aufgabe des Strafrechts gerecht zu werden. Auf diese Frage antwortet die Lehre vom Zweck der Strafe, der freilich – was oft nicht genügend beachtet wird – immer auf den dahinter stehenden Zweck des Strafrechts bezogen bleiben muss]».

⁵⁶ ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, Edit.: A. Giuffrè, 16ª edición puesta al día e integrada por Luigi CONTI, Milán, 2003, pág. 681: «[...] hacemos notar que el problema de la función de la pena es sin duda el más debatido de nuestra disciplina: en él —por la gran importancia que la pena presenta en la vida social— han participado ampliamente los filósofos. Las primeras investigaciones de las cuales se tenga noticia son las de Pitágoras y de Protágoras y desde entonces no ha habido casi ningún pensador que no se haya pronunciado sobre el grave problema [...] notiamo che il problema

Para mostrar el paso desde la tarea del Derecho penal a los fines de la pena quisiera ocuparme ahora de dos de los penalistas más relevantes dentro de la corriente normativa. ROXIN, el primero de ellos, entiende que la tarea del Derecho penal consiste en garantizar una convivencia pacífica y libre en la sociedad, meta que puede conseguirse, a su juicio, mediante tanto la prevención general como la prevención especial⁵⁷. Profundizando algo más en su postura, considera a la prevención general no en su aspecto de intimidación negativa, sino como una integración positiva, junto a la cual las necesidades preventivo-especiales, en tanto sean compatibles, podrán desplegar sus efectos. En todo caso, como cierre de su esquema, tanto las finalidades preventivo-generales como las preventivo-especiales encuentran un límite absoluto en lo que denomina “principio de culpabilidad”, que viene a significar frente a pretensiones preventivas dos cosas: a) al autor no culpable de una realización típica concreta no ha de imponérsele pena y b) para el autor culpable la pena tiene que mantener una correcta relación con su culpabilidad. No obstante, a pesar de la cercanía de dicho principio a teorías de la retribución, para él el principio de culpabilidad no tiene una función retributiva sino limitativa, pues no se trata de que la pena retribuya con relación a la culpabilidad, sino de que la culpabilidad sirva de límite de la pena a las finalidades preventivas. En resumen, sobre la base de la misión jurídico-penal de asegurar la convivencia pacífica y libre, ROXIN concluye que los fines de la pena que pueden garantizar dicha meta son una síntesis de prevención general y prevención especial bajo el límite del principio de culpabilidad⁵⁸. En todo caso con lo anterior sólo se pretende presentar la postura de ROXIN en un esquema general, que muestre que los fines de la pena se derivan de la tarea asignada al Derecho penal. El planteamiento de ROXIN sobre la teoría de la pena resulta bastante más pormenorizado y complejo de lo dicho aquí. Entre otras cosas primero porque en su denominada «teoría dialéctica de la unión» se distinguen diferentes estadios en la realización del Derecho penal (amenaza, imposición y ejecución de penas), en cada uno de los cuales la pena cumpliría con un objetivo

della funzione della pena è senza dubbio il più dibattuto della nostra disciplina: ad esso —per la grande importanza che la pena presenta nella vita sociale— hanno partecipato largamente anche i filosofi. Le prime indagini di cui si abbia notizia sono quelle di Pitagora e di Protagora e da allora non c'è stato quasi un pensatore che non si sia pronunciato sul grave problema]».

⁵⁷ ROXIN, Claus, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, ob. cit., pág. 59.

⁵⁸ ROXIN, Claus, «Sobre la significación de la sistemática y la dogmática del Derecho penal», ob. cit., págs. 46 y ss.

diferenciado⁵⁹. Pero además, porque su postura a lo largo de los años ha evolucionado hacia un progresivo distanciamiento de su inicial preferencia por las tesis preventivo-especiales⁶⁰.

En cuanto al segundo autor, JAKOBS parte también de la defensa de la sociedad como tarea del Derecho penal, pero, a diferencia de ROXIN, hace abstracción de la notas de convivencia pacífica y libre (en sociedad), quizá considerándolas implícitas al concepto de sociedad, al menos en el sentido hobbesiano de que ya siempre la vida en sociedad conlleva mayores cotas de paz y seguridad (y acaso de libertad) de las que ofrece la vida natural del “*Bellum omnium contra omnes*”⁶¹. Según JAKOBS «existe sociedad cuando y en la medida en que hay normas reales»⁶², por lo que el Derecho penal llega a cumplir con su tarea de defender la sociedad, cuando a través de la pena consigue asegurar el conjunto de normas sustentadoras de la sociedad⁶³, es decir, cuando la pena sirve de «confirmación de la configuración normativa concreta de la sociedad»⁶⁴. Esto aproxima la postura de JAKOBS a la teoría de la prevención general positiva⁶⁵ como él mismo reconoce⁶⁶, aunque, sin embargo, deben establecerse algunas

⁵⁹ ROXIN, Claus, «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos del Derecho penal*, traducción y notas por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Edit.: Reus, Madrid, 1976.

⁶⁰ Ejemplo es la prioridad que ROXIN concedía a la prevención especial en «Franz von Liszt y la concepción políticocriminal del Proyecto Alternativo», en *Problemas básicos del Derecho penal*, ob. cit.

⁶¹ HOBBS, *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, versión de Carlos MELLIZO, Edit.: Alianza, Madrid, 2002, Capítulo 13, pág. 115: «Por tanto, todas las consecuencias que se derivan de los tiempos de guerra, en los que cada hombre es enemigo de cada hombre, se derivan también de un tiempo en el que los hombres viven sin otra seguridad que no sea la que les procura su propia fuerza y su habilidad para conseguirla. En una condición así, no hay lugar para el trabajo, ya que el fruto del mismo se presenta como incierto; y, consecuentemente, no hay cultivo de la tierra; no hay navegación, y no hay uso de productos que podrían importarse por mar; no hay conocimiento en toda la faz de la tierra, no hay cómputo del tiempo; no hay artes; no hay letras; no hay sociedad. Y, lo peor de todo, hay un constante miedo y un constante peligro de perecer con muerte violenta. Y la vida del hombre es solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta».

⁶² JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría de la pena*, Edit.: Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1998, pág. 16.

⁶³ MIZRAHI, Esteban, *Los presupuestos filosóficos del Derecho penal contemporáneo. Conversaciones con Günther Jakobs*, Edit.: Universidad Nacional de la Matanza, Buenos Aires, 2012, pág. 40, donde JAKOBS afirma: «De modo que hay que dejar claro que el derecho cumple una función en la sociedad, que en el fondo constituye la estructura normativa de la sociedad, y que el acto delictivo pone en peligro esa estructura. Y que, si se interpreta comunicativamente el acto delictivo, la pena es una respuesta a él».

⁶⁴ JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría de la pena*, ob. cit., pág. 15.

⁶⁵ ROXIN, *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, ob. cit., págs. 65 y s., al analizar la posición de JAKOBS afirma: «Como es sabido, Jakobs sostiene una ‘teoría de la prevención general positiva’, conforme a la cual, la tarea principal de la pena y del Derecho penal consiste en la estabilización social orientada al mantenimiento del sistema mediante el ‘ejercicio en la fidelidad al Derecho’».

⁶⁶ JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría de la pena*, ob. cit., pág. 32: «El resultado alcanzado —la pena como confirmación de la configuración de la sociedad— tiene puntos de estrecho contacto con una teoría reciente de acuerdo con la cual la pena tiene la misión preventiva de mantener la norma como esquema de

especificidades. Ante todo, JAKOBS huye de la noción de prevención, porque supondría que la sociedad se entrega a la ilusión de que previene delitos, cuando, en realidad, la pena si previene algo sería la erosión del orden normativo concreto de la sociedad⁶⁷. La prevención de delitos no es el fin de la pena, e incluso para JAKOBS es incorrecto hablar de que la pena tenga un fin, porque ella misma constituye la obtención de un fin, la confirmación de las normas sociales⁶⁸. El que además se consigan efectos distintos, como una posible prevención, carece de interés una vez que la pena ha asegurado la estabilidad de la sociedad confirmando sus normas⁶⁹. Este rechazo a que la pena dependa de un supuesto cumplimiento de finalidades preventivas acerca a JAKOBS, ahora por el otro lado, a las teorías absolutas de la retribución. Pero también aquí deben establecerse diferencias. Primero, porque en JAKOBS la razón de la pena no descansa en la maldad de un hecho que hubiera de retribuirse, sino en la necesidad de mantenimiento del orden social⁷⁰. Pero, segundo, porque la teoría de JAKOBS tampoco es absoluta en el sentido de que al quebrantamiento de la norma haya de seguir de manera incondicionada una pena, pues admite que la sanción podría ser innecesaria en el caso de que no se pusiera en riesgo la estabilidad social. Si la teoría de JAKOBS es absoluta, lo es en aquello que según piensa tendría de correcto el planteamiento de KANT: con la pena no se trata de promover clase alguna de bien, ni para el delincuente ni siquiera para la sociedad, sino que se trata de la sociedad misma, de asegurar su estabilidad⁷¹. O en

orientación, en el sentido de que quienes confían en una norma deben ser confirmados en su confianza».

⁶⁷ JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría de la pena*, ob. cit., pág. 15.

⁶⁸ JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría de la pena*, ob. cit., pág. 25. En el mismo sentido PAWLIK, Michael, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, ob. cit., donde explica la teoría de la pena defendida por JAKOBS, págs. 64 y s.: «Por eso la pena no tiene en esta concepción [la seguida por JAKOBS] un fin, sino que es ella misma la consecución del fin, a saber el establecimiento de la realidad inalterada de la sociedad —‘nada menos, pero también nada más’—. De modo consecuente los defensores de esta posición se deslindan de las teorías preventivas. A la confirmación de la norma, como Jakobs explica detalladamente, ‘se anudan consecuencias psicológico-sociales de tipo múltiple, y a alguna de estas consecuencias —acaso a que la motivación de fidelidad al derecho llegue a ser en gran medida evidente— puede de manera práctica no quererse renunciar, pero ellas pertenecen tan poco al concepto de la pena como su contrario —a saber una desorientación psíquica, un lamento general— pertenece al concepto de hecho penal’ [*Deshalb hat die Strafe in dieser Konzeption nicht einen Zweck, sondern sie ist selber Zweckerreichung, nämlich Feststellung der unveränderten Wirklichkeit der Gesellschaft – ,nicht weniger, aber auch nicht mehr’ –. Konsequenterweise grenzen die Vertreter dieser Position sich von den Präventionstheorien ab. An die Normbestätigung mögen sich, wie Jakobs erläuternd ausführt, ,sozialpsychologische Folgen mannigfacher Art knüpfen, und auf einige dieser Folgen – Etwa darauf, daß rechtstreue Motivation weitgehend selbstverständlich wird – mag praktisch nicht verzichtet werden können, aber sie gehören so wenig zum Begriff der Strafe, wie ihr Gegenteil – nämlich eine psychische Desorientierung, ein allgemeines Lamento – zum Begriff der Straftat gehört*]».

⁶⁹ JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría de la pena*, ob. cit., pág. 26.

⁷⁰ JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría de la pena*, ob. cit., pág. 16.

⁷¹ JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría de la pena*, ob. cit., pág. 26.

otras palabras, con la pena no se persiguen beneficios o provechos de la sociedad, sino su cohesión e integridad, porque la consecución de ningún bien para la sociedad puede ponerse por delante de (el bien mismo en que consiste) la sociedad. Por último, JAKOBS se vincula a las tesis retributivas sostenidas por HEGEL⁷² acerca de que la pena anula la lesión del Derecho⁷³, concepción que en la terminología del autor queda traducido en que el quebrantamiento de la norma, que queda compensado o anulado gracias a que la pena priva al infractor de la posibilidad de comportarse en la vida social común⁷⁴, no afecta a la estabilidad de la sociedad. En definitiva, partiendo de la tarea de defensa de la sociedad llegamos con JAKOBS a que tal tarea se cumple a través del fin de prevención general positiva, si bien *sui generis* entendido, porque desde su concepción ni resulta correcto hablar de “fin”, ni estrictamente de “prevención”.

A partir de la alta representatividad en la doctrina de ambos autores, se puede inducir la existencia hoy en día de un amplio consenso en cuanto a la tarea del Derecho penal; aun definida de manera muy general ésta consiste en garantizar la convivencia social⁷⁵. Para el cumplimiento de esta meta está por lo común fuera de duda que la pena

⁷² MIZRAHI, Esteban, *Los presupuestos filosóficos del Derecho penal contemporáneo. Conversaciones con Günther Jakobs*, ob. cit., págs. 39 y s., donde JAKOBS afirma: «Muchas cuestiones del derecho, incluyendo el derecho penal, se pueden exponer muy bien a partir de la concepción tripartita de la Filosofía del Derecho de Hegel: El ‘Derecho abstracto’, la ‘Moralidad’, es decir, la teoría de la imputación, y por último la ‘Eticidad’ en donde se presenta una teoría de la pena muy similar a la de la prevención general, que se encuentra en los párrafos 209 y siguientes, allí Hegel explica que una sociedad que se siente segura de sí misma puede aplicar penas más leves».

⁷³ JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría de la pena*, ob. cit., págs. 27 y s. Sigue una opinión similar, HASSEMER, Widfried, *Por qué no debe suprimirse el Derecho penal*, Edit.: Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), México, D. F., 2003: «Lo que Hegel concibió ha hecho tiempo —mediante una fórmula fácil de recordar— al respecto del sentido de la pena, es decir, ‘la negación de la negación del Derecho’, se puede descubrir fácilmente en la experiencia de la vida cotidiana y en las fórmulas de las modernas ciencias sociales (pág. 23) [...] La sanción, la pena que sigue a la infracción de la norma, niega la lesión de la norma que a su vez había negado a la norma y de este modo, evidentemente, la sanción adquiere sentido [...] La agresión experimentada por la norma, su lesión, no tiene razón en sí misma; es nula desde el punto de vista normativo y por sí misma insostenible, por eso es sancionada y negada a través de la sanción. Por su parte la sanción, que es proporcional a la infracción de la norma, es capaz de restablecer la vigencia de la norma lesionada (págs. 24 y s.)».

⁷⁴ JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría de la pena*, ob. cit., págs. 22 y s.

⁷⁵ ROXIN, Claus, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, ob. cit., pág. 59, llega a afirmar: «Si se parte de que el Derecho penal debe garantizar una convivencia pacífica y libre en sociedad, algo que no puede cuestionarse con seriedad [...]». Opinión que ya era sostenida por WELZEL, Hans, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Edit.: de Gruyter, Berlín, 1975, pág. 282: «La primera y más importante tarea del Derecho es superar o reprimir la guerra civil abierta de todos contra todos o que amenaza continuamente de manera latente, y sustituirla por un orden que asegure la vida de todos [Die erste und wichtigste Aufgabe des Rechts ist es, den offen oder immerfort latent drohenden Bürgerkrieg aller gegen alle zu überwinden oder niederzuhalten und durch eine das Leben aller sichernde Ordnung zu ersetzen]». ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, ob. cit., pág. 678: «[...] dondequiera que existe un agrupamiento de hombres y es por tanto sentida la necesidad de una disciplina para la coexistencia de los intereses contrastados, allí existe un

ha de instrumentalizarse en función de fines preventivos⁷⁶. Especialmente relevante en este sentido se ha convertido en la actualidad la prevención general, frente a la prioridad que durante décadas llegó a alcanzar la prevención especial⁷⁷. Pero el entendimiento presente de la prevención general ha dejado de concebirla negativamente como intimidación⁷⁸, para pasar a caracterizarla en un sentido positivo-integrador. En la

sistema de punición [...] *dovunque esiste un aggruppamento di uomini ed è quindi sentita la necessità di una disciplina per la coesistenza degli interessi in contrasto, ivi esiste un sistema di punizioni*]; y pág. 689: «Como la pena representa una grave carga para la colectividad social, ella no puede ser explicada más que con razones de necesidad atinentes a la conservación o al desarrollo de la vida en común [*Siccome la pena rappresenta un grave onere per la collettività sociale, essa non può essere spiegata che con ragioni di necessità attinenti alla conservazione o allo sviluppo della vita in comune*]». En nuestra doctrina también MIR PUIG, Santiago, «La perspectiva «ex ante» en Derecho penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo 36, Núm. 1, 1983, pág. 8: «[...] la pena sirve a la protección de la sociedad mediante la prevención de conductas especialmente lesivas que puedan producirse en el futuro». DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «La víctima del delito en la política criminal y el derecho penal», en *Política Criminal y Derecho Penal —Estudios—*, Edit.: Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2013, pág. 1137: «El aseguramiento de un orden social que garantice una convivencia ordenada y pacífica en condiciones de libertad y de igualdad, es el *objetivo general* del derecho penal». Sin embargo, SILVA SÁNCHEZ JESÚS-MARÍA, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, ob. cit., pág. 181, mantiene cierto disenso frente a esta caracterización de la misión del Derecho penal: «[...] se tratará de fundamentar la tesis de que en la actualidad, una vez superadas legitimaciones apriorísticas que pudieran atribuir al Derecho penal la misión de realización de la justicia sobre la tierra, la fuente de la legitimación del Derecho penal debe situarse en el hecho de que su presencia en la sociedad, con ser un mal, conlleva un mal menor que el que trata de evitar. Expresándolo en términos más concretos, lo que legitimaría al Derecho penal sería su capacidad para reducir al mínimo posible el grado de violencia —en sentido amplio— que se genera en una sociedad». Según este autor el planteamiento de quienes identifican la tarea del Derecho penal con la protección de la sociedad pecaría de unilateralidad. En cambio, cuando, según él, se adopta el punto de partida de la reducción, en sentido amplio, de la violencia este carácter unilateral se supera, mostrándose que la auténtica misión del Derecho penal sería dual; no sólo se trataría de que el Derecho penal proteja a la sociedad (imponiendo penas), sino de que la sociedad se proteja del Derecho penal (estableciendo garantías). Ahora bien, según pienso, siempre que se habla de la protección de la sociedad como labor del Derecho penal están necesariamente involucrados ambos aspectos de los que habla SILVA SÁNCHEZ: tanto si se imponen penas como si se establecen garantías se trata en todo caso de proteger a la sociedad. O dicho más extensamente, si no existen condiciones y garantías que eviten que el mal que se causa en la sociedad con el ejercicio del *ius puniendi* sea mayor que el que logra evitar, no se entiende cómo se podría concluir que el Derecho penal protege a la sociedad.

⁷⁶ ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, ob. cit., pág. 693: «[...] la protección de la sociedad contra las acciones de los individuos que ponen en peligro la existencia o el desarrollo y —en tal sentido— la *defensa social*. Tal defensa, llevada a cabo por el trámite de la prevención general, y precisamente por medio de la *eficacia disuasiva* inherente a la amenaza y consecuente aplicación de la pena, constituye la finalidad esencial de esta sanción [...] *la protezione della società contro le azioni degli individui che ne mettono in pericolo l'esistenza o lo sviluppo e —in tale senso— la difesa sociale. Tale difesa, attuata per il tramite della prevenzione generale, e precisamente per mezzo dell'efficacia dissuasiva inerente alla minaccia e conseguente applicazione della pena, costituisce lo scopo essenziale di questa sanzione*».

⁷⁷ Ya en 1989 ROXIN en una conferencia en la Universidad Autónoma de Barcelona titulada «Los últimos desarrollos de la política criminal», en *Política criminal y estructura del delito*, ob. cit., págs. 15 y ss., presentó, tratando de contrarrestarlos, seis argumentos que habrían llevado al descrédito de la prevención especial. También en Italia se habría hecho sentir una mayor influencia de la prevención general;

construcción teórica de ROXIN y JAKOBS, a pesar de matices y limitaciones, esta modalidad de prevención ha llegado a alcanzar un papel predominante⁷⁹.

Otra cosa ocurre con la retribución. Durante largo tiempo ha sido puesta en duda su legitimidad⁸⁰. Cuando se hacía referencia a ella, era con reticencia camuflada bajo otros nombres como “principio de proporcionalidad” o “principio de culpabilidad”⁸¹. No se trata de asumir en este trabajo una defensa del principio de retribución, pero en todo

ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, ob. cit., pág. 682: «Con la entrada en vigor de la Constitución republicana la idea de la enmienda [reinserción] ha tenido un desarrollo notable, para ceder después parcialmente el campo —también por influjo de las ciencias criminológicas y de la sociológica— a la de la prevención general, mientras no faltan tesis neo-retribucionistas [*Con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana l'idea dell'emenda ha avuto un notevole sviluppo, pero cedere poi parzialmente il campo —anche per influsso delle scienze criminologiche e della sociologia— a quella della prevenzione generale, mentre non mancano assunti neo-retribuzionisti*]». PAGLIARO, Antonio, *Principi di Diritto Penale, Parte Generale*, Edit.: Dott. A. Giuffrè, 8ª edición, Milán, 2003, pág. 682: «Después de un periodo (los primeros sesenta años de nuestro siglo [XX]) de excesiva confianza en las posibilidades de resocializar al reo, la doctrina ahora se inclina hacia una valoración negativa, quizá también exagerada, de tales posibilidades [*Dopo un periodo (i primi sessanta anni del nostro secolo) di eccessiva fiducia nelle possibilità di risocializzare il reo, la dottrina adesso propende verso una svalutazione, forse anch'essa esagerata, di tali possibilità*]».

⁷⁸ Existen, sin duda, todavía notables excepciones. Por ejemplo ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, ob. cit., págs. 691 y s.: «El legislador, al amenazar con una pena que por su naturaleza implica siempre un sufrimiento, aspira a ejercer sobre los miembros de la sociedad una coacción psicológica a fin de que se abstengan de violar los mandatos: quiere desalentarles, disuadirles de esto, creando en ellos un motivo de inhibición. La función de la pena en este momento no es y no puede ser otra que la *prevención general de los delitos*. Dudar de esto, en nuestra opinión, sería casi como poner en duda la existencia del sol [*Il legislatore, col minacciare una pena, la quale per sua natura implica sempre una sofferenza, mira ad esercitare sui consociati una coazione psicologica affinché si astengano dal violare il comando: vuole scoraggiarli, dissuaderli da ciò, creando in essi un motivo di inibizione. La funzione della pena in questo momento non è e non può essere che la prevenzione generale dei reati. Dubitare di ciò, a nostro avviso, sarebbe quasi come mettere in dubbio l'esistenza del sole*]»

⁷⁹ Pero también en otros autores, así HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, traducción de Francisco MUÑOZ CONDE y María del Mar DÍAZ PITA, Edit.: Temis, Santa Fé de Bogotá, 1999, pág. 112, apuesta por la prevención general positiva: «Visto así la sanción penal se orienta tanto al pasado como al futuro. La sanción penal es la respuesta correctora al quebrantamiento de una norma imprescindible para nuestra vida en sociedad; pero no es un mero ejercicio *l'art pour l'art*, sino un suceso que pretende asegurar la fuerza de la norma en el futuro [...] Este punto de vista (que recibe el nombre de ‘prevención general positiva’ en la moderna doctrina penal) tienen muchas consecuencias». EL MISMO, *Por qué no debe suprimirse el Derecho penal*, ob. cit., pág. 25: «Esta concepción [la suya] del sentido de la pena —que es una variante de la hoy discutida ‘teoría de la prevención general positiva’— no sólo puede aclarar el sentido de la pena y conectarla con las experiencias que los seres humanos sufren en sus vidas cotidianas, sino que también puede justificar la pena así como sentar sus límites». MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 95: «Sólo una prevención así limitada podrá desplegar un efecto positivo de afirmación del Derecho propio de un Estado social y democrático de Derecho, y sólo así podrán conciliarse las exigencias antitéticas de la retribución, la prevención general y la prevención especial en un concepto superior de prevención general positiva». PAGLIARO, Antonio, *Principi di Diritto Penale, Parte Generale*, ob. cit., pág. 677: «[...] prevención general no es solamente disuasión: ella es toda la compleja actividad jurídica dirigida a orientar el comportamiento de la generalidad de los miembros de la sociedad, en el sentido de alejarlos del llevar a cabo los hechos considerados socialmente dañosos o peligrosos. Consiste en la predisposición de normas jurídicas que, declarando la ilicitud de algunos hechos y asociando a ellos sanciones desfavorables, opera de dos modos distintos: como ‘orientación cultural’ y como ‘presión motivacional’. Con menor precisión,

caso se hace demasiado difícil no advertir la presencia de sus consecuencias, si se quiere enmascarada, aun entre quienes expresamente lo rechazan. Si ahora se reivindica, no es para elevarlo en exclusiva al principio del sistema, sino para colocarlo junto al fin de prevención reclamando lo que tiene de irrenunciable.

Es irrenunciable, primero, porque sólo se pueden imponer penas “*quia peccatum est*” [porque se ha delinquido]. Evidentemente sigue siendo cierto el conocido pasaje de Séneca de que «en efecto, como dice Platón, ninguna persona prudente castiga porque se ha delinquido [*quia peccatum est*], sino para que no se delinca [*ne peccetur*]; pues lo pasado no se puede revocar, sí evitarse lo futuro»⁸². Pero la corrección del castigar “*ne*

estos dos modos de operar son alguna vez indicados por la doctrina como ‘efecto normativo’ y como ‘disuasión’[...] *prevenzione generale non è soltanto deterrenza: essa è tutta la complessa attività giuridica diretta a orientare il comportamento della generalità dei consociati, nel senso di distoglierli dal compiere i fatti ritenuti socialmente dannosi o pericolosi. Consiste nella predisposizione di norme giuridiche che, dichiarando la illiceità di taluni fatti e collegando loro sanzioni sfavorevoli, opera in due modi distinti: come ‘orientamento culturale’ e come ‘pressione motivazionale’. Con precisione minore, questi due modi di operare sono talvolta indicati dalla dottrina come ‘effetto normativo’ e come ‘deterrenza’]*»

⁸⁰ HASSEMER, Winfried, «Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social», en Santiago MIR PUIG (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Edit.: Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1982, pág. 118: «La ‘majestad de la desvinculación de todo fin’ que Maurach atribuía elogiosamente a la pena retributiva, se considera crítica y distanciadamente en la moderna discusión sobre los fines de la pena, hasta el punto de que se ha convertido claramente en un fósil. La máxima de Maurach ya no es válida en el panorama de la teoría de la pena». El propio HASSEMER constituye una excepción a esta tendencia, véase *Persona, Mundo y Responsabilidad*, ob. cit., pág. 26: «Las ventajas que en el derecho penal clásico ofrecían las reacciones jurídico-penales, el distanciamiento igualitario y la proporcionalidad, pasan a un segundo plano. En lugar de dar una respuesta adecuada al delito y una retribución justa al mismo, se pone el acento en la prevención del delito futuro o de futuras perturbaciones de gran magnitud. Dicho de forma gráfica, en el derecho penal ya no preocupa tanto una respuesta adecuada al pasado, como prevenir el futuro. Tanto la teoría como la praxis jurídico-penal, transforman los modelos normativos en modelos empíricos. Lo que el fondo se discute es la idoneidad del derecho penal para luchar contra estos problemas (reales o supuestos) y peligros; y con esa idoneidad se pretende sustituir la idea de justicia como criterio del derecho penal».

⁸¹ El empleo bien de una u otra expresión tendría una explicación. ROXIN utiliza en su teoría de la unión el principio de culpabilidad como un límite para las finalidades preventivo-generales y preventivo-especiales. Aunque en España la teoría de la unión es dominante, existen una serie de autores destacados (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?», en *Estudios de Derecho penal*, Edit.: Civitas, 2ª edición, Madrid, 1981, págs. 105 y ss., MIR PUIG, Santiago, «Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena», en Roberto BERGALLI y Juan BUSTOS (dirs. y compiladores), *El poder penal del Estado, Homenaje a Hilde Kaufmann*, Edit.: De Palma, Buenos Aires, 1985, págs. 365 y ss., y LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, «Prevención general y psicoanálisis», en Santiago MIR PUIG (ed.), *Derecho penal y Ciencias sociales*, Edit.: Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1982, pág. 141 y ss.) que rechazan, por no demostrable, la noción de culpabilidad, y prefieren remitirse, con la misma función limitadora, al concepto de proporcionalidad.

⁸² SÉNECA, *Sobre la ira*, traducción castellana de Juan MARINÉ ISIDRO, Edit.: Biblioteca Básica Gredos, Madrid, 2001, Libro I, Capítulo XIX, pág. 60. El texto original latino dice «*nam, ut Plato ait, nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur; revocari enim preaeterita non possunt, futura prohibentur* [subrayado mío]». La referencia a PLATÓN se encuentra en «Protágoras», en Diálogos, Tomo I, introducción general del Francisco LISI, traducción y notas de Julio CALONGE RUIZ, Emilio LLEDÓ IÑIGO y Carlos GARCÍA GUAL, Edit.: Biblioteca Básica Gredos, Madrid, 2000, 324 b: «porque nadie

peccetur” [para que no se delinca], queda totalmente destruida si se castiga a quien no ha delinquido. Pues sólo porque se ha delinquido se abre la posibilidad de que sea correcto castigar para que no se delinca⁸³. De ahí que bajo la legitimidad de toda teoría del “*ne peccetur*”, se halle siempre el supuesto del “*quia peccatum est*”⁸⁴. Éste, en verdad, me parece el auténtico sentido de la argumentación de KANT acerca de que «la pena judicial [...] no puede servir simplemente [*bloß*: únicamente] como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que debe imponérsele sólo porque ha delinquido»⁸⁵, donde no niega que la pena pueda producir otros bienes⁸⁶, sino que niega que simplemente en eso pueda residir su legitimidad si no se cuenta con el presupuesto básico de que se imponga sólo porque se ha delinquido⁸⁷. En este sentido, la exigencia del “*quia peccatum est*” se configura como

castiga a los malhechores prestando atención a que hayan delinquido o por el hecho de haber delinquido, a no ser quien se venga irracionalmente como un animal. Pero el que intenta castigar con razón no se venga a causa del crimen cometido —pues no se lograría hacer que lo hecho no haya acaecido—, sino con vistas al futuro, para que no obren mal de nuevo ni éste mismo ni otro, al ver que éste sufre su castigo».

⁸³ Aquí FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, prólogo de Norberto BOBBIO, Edit.: Trotta, Madrid, 1995, págs. 256 y s., habla de un equivoco teórico en la base de todas las doctrinas retribucionistas, pues, según nos dice, se confunden dos problemas totalmente distintos: el problema del fin de la pena (¿por qué castigar?), cuya respuesta sólo puede ser utilitaria y mirar hacia el futuro, con el motivo de la pena (¿cuándo castigar?), que tiene bases retributivas y por consiguiente mira hacia el pasado. El equivoco puede sin duda existir, y realmente podemos hablar aquí de dos problemas distintos. Sin embargo, no me parece que ambos problemas se planteen como resultado de dos preguntas diferentes. La pregunta siempre consiste en ¿por qué castigar?, si bien dicha cuestión admite dos niveles de respuesta en cuanto a su posibilidad y necesidad: a) es posible castigar porque se ha delinquido b) siendo posible es necesario castigar para que no se delinca.

⁸⁴ Caso paradigmático es el mencionado de ROXIN, quien a pesar de defender posturas preventivas se ve obligado a admitir, como antes se ha visto, de la mano del principio de culpabilidad el supuesto retribucionista de que al autor no culpable de una realización típica concreta no ha de imponérsele pena. FERRAJOLI defensor de una reformulación de tesis prevencionistas llega a afirmar, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., pág. 369: «la idea utilitarista de prevención, disociada del principio de retribución, se ha convertido en uno de los principales ingredientes del moderno autoritarismo penal».

⁸⁵ La famosísima cita de KANT se encuentra en *Die Metaphysik der Sitten* (Werkausgabe, Band VIII, Wilhelm Weischedel (ed.), Edit.: Suhrkamp, 1ª edición, 1977, pág. 453) § 49 A 195, 196-B 225, 226: «*Richterliche Strafe (poena forensis) [...] kann niemals bloß als Mittel, ein anderes Gute zu befördern, für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat*» [subrayado mío tanto aquí como en la cita en español de arriba (*La metafísica de las costumbres*, traducción y notas de Adela CORTINA ORTOS y Jesus CONILL SANCHO, Edit. Tecnos, 3ª edición, Madrid, 2002, pág. 166)]. El término alemán “*bloß*” se traduce en la cita de arriba como “*simplemente*”, pero quizá llega a hacerse más claro el pasaje si se tradujera con el también sentido adverbial de “*únicamente*”.

⁸⁶ En el mismo sentido MIR PUIG, Santiago, «La perspectiva «ex ante» en Derecho penal», ob. cit., pág. 7: «Ningún defensor de una concepción retributiva admitirá que ésta carezca de toda misión en orden a incidir en el comportamiento o, al menos, en la conciencia de los ciudadanos. Ni siquiera Kant osó llegar a este extremo en su famoso ejemplo de la isla cuya población decide disolverse para siempre. Cuando el filósofo alemán dice que incluso en este caso extremo habría que ejecutar hasta al último asesino que se encuentra en prisión condenado a muerte, añade: ‘para que todos vean el valor de sus actos’. Se trata, evidentemente, de una finalidad de futuro, que va más allá de la pura respuesta al delito cometido».

⁸⁷ Poco más adelante esta misma idea se confirma en una nueva frase en *La metafísica de las costumbres* [*Die Metaphysik der Sitten*], ob. cit., § 49 A 195, 196-B 225, 226: «Antes de que se piense en sacar de

un principio garantista⁸⁸ irrenunciable, que sólo permite la imposición de penas bajo la condición necesaria —lo que no quiere decir suficiente— de que se ha delinquido.

El principio de retribución es irrenunciable, en segundo lugar, no sólo por el hecho de que únicamente resulta posible imponer penas porque se ha delinquido, sino porque además es exigible establecerlas ajustadas a la medida en que se ha delinquido. Esta exigencia se encuentra reconocida en la máxima “*poena debet commensurari delicto*” [la pena debe adecuarse al delito]⁸⁹. Esto, obviamente, no significa que entre pena y delito haya de mediar una relación de igualdad de naturaleza, como pretenden algunos pensadores ilustrados⁹⁰. Este es el caso de KANT cuando responde a la pregunta «¿cuál es el tipo y el grado de castigo que la justicia pública adopta como principio y como patrón? Ninguno más que el principio de igualdad (en la posición del fiel de la balanza de la justicia): no inclinarse más hacia un lado que hacia otro [...]. Sólo la ley del talión (*ius talionis*) puede ofrecer con seguridad la cualidad y cantidad del castigo»⁹¹. Pero también MONTESQUIEU en el mismo sentido afirma «Triunfa la libertad

esta pena algún provecho para el mismo o para sus conciudadanos tiene que haber sido juzgado digno de castigo [*Er muß vorher strafbar befunden sein, ehe noch daran gedacht wird, aus dieser Strafe einigen Nutzen für ihn selbst oder seine Mitbürger zu ziehen*]. De nuevo no se niega que a la pena se la pueda dar un uso en favor del delincuente mismo o de sus conciudadanos, sino que KANT dice que antes de poder hacerlo, es decir, como condición previa, se ha tenido que encontrar al delincuente merecedor de pena.

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., págs. 256 y s., a pesar de su clara oposición a las teorías absolutas ve en el principio de retribución «la primera garantía del derecho penal en virtud de la cual condición necesaria de la pena es antes que nada la comisión de un delito», en tanto que expresión del postulado garantista *nulla poena sine crimine*. En igual sentido CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, ob. cit., pág. 67: «Y es así cómo [sic] la retribución adquiere un carácter profundamente garantista y cómo [sic] puede entenderse la posición de Kant como profundamente humana: al Estado sólo le es lícito privar a un ciudadano de su libertad si es como consecuencia de una conducta agresiva para los valores libremente realizada. Este planteamiento viene a suponer, pese a su literalidad, una desautorización de la idea cristiana de retribución basada en el Talión. La retribución es así fundamento y límite de la pena, y aparece, como más adelante veremos, íntimamente ligada al principio de culpabilidad como límite al poder punitivo del Estado».

⁸⁹ Este principio fue ya en la antigüedad expresado por PLATÓN en *Las leyes* 857 b (en Diálogos, Tomo VIII, traducción y notas de Francisco LISI, Edit.: Biblioteca Gredos, Madrid, 2007, pág. 200): «¿Cómo es que decimos, extranjero, que no hay ninguna diferencia para el ladrón si ha sustraído mucho o poco y si de templos o de lugares profanos y en todos los demás robos, tan diferentes entre sí, a los que, dado que son variados, el legislador debe adecuarse sin castigar ninguno con penas semejantes?»

⁹⁰ Sin embargo ya mucho tiempo antes CICERÓN, Marco Tulio, había defendido, en *Las leyes*, traducción introducción y notas de Carmen Teresa PABÓN DE ACUÑA, Edit.: Gredos, Madrid, 2009, Libro III, Capítulo 20, 46, pág. 141, una semejanza de naturaleza entre castigo (pena) y delito: «[...] ‘que el castigo sea proporcional al delito’, para que cada uno sea golpeado por su propia falta: la violencia sea castigada con la pena capital, la codicia con una sanción económica; el ansia delictiva de honores con la infamia».

⁹¹ KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, § 49 A 197, 198-B 227 ob. cit., págs. 453 y s. (en la traducción de tecnos, ob. cit., pág. 167). Ni siquiera el mismo KANT cree posible aplicar una estricta igualdad de lo mismo por lo mismo entre delito y pena, aunque de manera sorprendente lo fundamente en la diferencia entre las posiciones sociales. En todo caso el ejemplo que a continuación ofrece no parece carecer de cierto sentido (traducción, pág. 166-167): «Así, por ejemplo, la multa por una injuria verbal no guarda

cuando las leyes criminales sacan cada pena de la naturaleza particular del delito. Cesa entonces lo arbitrario; la pena no tiene su origen en el capricho del legislador, sino en la naturaleza de la cosa; no es el hombre quien ejerce violencia sobre el hombre»⁹². Frente a esta pretensión de una estricta equivalencia cualitativa y cuantitativa entre delito y pena, FERRAJOLI ha destacado acertadamente el absurdo de que, entonces, debería haber tantos tipos de pena como tipos existieran de delito⁹³. Además, el hecho de que una comunidad de naturaleza igualaría también a delito y pena en injusticia, perversidad y violencia, llega a hacerse tan evidente que, como señala FOUCAULT, comenzará a marcar la desaparición, a partir de finales del S. XVIII, del antiguo espectáculo punitivo de retractaciones y ajusticiamientos⁹⁴. Ciertamente el paso, iniciado en este momento, de penas entendidas como aflicciones dirigidas al cuerpo a

relación alguna con la ofensa, porque quien tiene mucho dinero puede permitírsela perfectamente por placer alguna vez».

⁹² MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Tomo I, vertido al castellano con notas y observaciones por Siro GARCÍA DEL MAZO, Edit.: Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1906, Libro XII, Capítulo IV, pág. 274. Sin embargo también el autor encuentra ciertas dificultades para que la pena se conforme estrictamente a la naturaleza del delito, en concreto en los delitos contra los bienes patrimoniales; «sería preferible y más conforme a la naturaleza que la pena de semejantes delitos consistiese en la pérdida de bienes. Esto debería ser si las fortunas fueran comunes o iguales; pero como son los que no tienen bienes quienes generalmente dirigen sus ataques a la propiedad ajena, es preciso que la pena corporal sustituya a la pecuniaria».

⁹³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., pág. 389.

⁹⁴ FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, traducción de Aurelio GARZÓN DEL CAMINO, Edit.: Siglo XXI, 1ª edición, 14ª reimpresión, Madrid, 2008, pág. 16 : «Como si las funciones de ceremonia penal fueran dejando, progresivamente, de ser comprendidas, el rito que ‘cerraba’ el delito se hace sospechoso de mantener con él turbios parentesco: de igualarlo, si no de sobrepasarlo en salvajismo, de habituar a los espectadores a una ferocidad de la que se les quería apartar, de mostrarles la frecuencia de los delitos, de emparejar al verdugo con un criminal y a los jueces con unos asesinos, de invertir en el postrer momento los papeles, de hacer del supliciado un objeto de compasión o de admiración». Sin embargo, distinta es la postura de BENTHAM, según ANTÓN ONECA, José, *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, Edit.: Artes Gráficas CIM., Madrid, 1965 (Separata de la revista de Estudios penitenciarios, Núm. 166, julio-septiembre 1964), pág. 11: «Distingue el filósofo inglés, empleando términos luego generalizados, la prevención general de la particular, comprendiendo en ésta: la incapacitación (hoy decimos inculpatización), la reforma y la intimidación. ‘La prevención general —escribe— es el fin principal de la pena, y también su razón justificativa’. Una pena real que no sea aparente, se perderá para el público. El gran arte es aumentar la pena aparente sin aumentar la pena real, lo cual se consigue por la elección misma de las penas, o por las solemnidades impresionantes de que se acompañe la ejecución. Los autos de fe serían una de las más útiles invenciones de la jurisprudencia si, en lugar de autos de fe, fueran actos de justicia. ¿Qué es una ejecución pública? Es una tragedia verdaderamente importante, verdaderamente patética por la triste realidad de su catástrofe y por la grandeza de su objeto. El aparato, la escena, las decoraciones nunca serán demasiado estudiadas, pues el efecto principal depende de ellas. Tribunal, cadalso, vestidos de los oficiales de justicia, servicio religioso, procesión, acompañamiento, todo debe llevar un carácter grave y lúgubre. ¿Por qué los mismos ejecutores no habrían de ir cubiertos con un crespón de luto?; se aumentaría el terror de la escena y se sustraerían al odio injusto del pueblo esos servidores útiles del Estado. Si la ilusión pudiera sostenerse, sería necesario que todo se hiciera en efígie. La realidad de la pena no es necesaria más que para sostener su apariencia (Bentham tratado de legislación civil y penal, parte 3, cap. VI)»

otras consistentes en privaciones de derechos —vida, libertad y propiedad—⁹⁵ clausura la posibilidad de una pena en sustancia igual al delito, pero permite en lo sucesivo la aplicación proporcional de las penas —graduando la privación de derechos—⁹⁶. Sin embargo, es este carácter proporcional, no la correspondencia en idéntica cualidad y cantidad, el consustancial a la noción de retribución⁹⁷. De ahí, que aunque se descarte del principio de retribución una exigencia —absurda e inaceptable— de estricta igualdad, este principio aún contenga en esencia una obligación de adecuación proporcional entre delito y pena⁹⁸. El principio de proporcionalidad se configura así como una adicional garantía al “*quia peccatum est*” igualmente irrenunciable⁹⁹, pues mediante el ajuste de la

⁹⁵ FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, ob. cit., señala este paso en diferentes pasajes de manera sugerente: «El castigo ha pasado de un arte de las sensaciones insoportables a una economía de los derechos suspendidos» (pág. 18), más adelante: «Utopía del pudor judicial: quitar la existencia evitando sentir el daño, privar de todos los derechos sin hacer sufrir, imponer penas liberadas de dolor» (pág. 19), y finalmente: «Casi sin tocar el cuerpo, la guillotina suprime la vida, del mismo modo que la prisión quita la libertad, o una multa descuenta bienes. Se supone que aplica la ley menos a un cuerpo real capaz de dolor, que a un sujeto jurídico, poseedor, entre otros derechos, del de existir» (pág. 21). ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, ob. cit., pág. 676: «Mientras en las épocas pasadas existía una gran variedad de penas, alguna de las cuales afectaban directamente el honor (penas infamantes: picota, marca [a criminales], etc.), y otras la integridad personal (penas corporales: mutilaciones, fustigaciones), en los estados modernos la pena por regla incide solamente sobre tres bienes; sobre la vida (pena capital), sobre la libertad (penas restrictivas de la libertad personal) y sobre el patrimonio (penas pecuniarias) [*Mentre nelle epoche passate esisteva una grande varietà di pene, alcune delle quali colpivano direttamente l'onore (pene infamanti: gogna, marchio, ecc.), ed altre l'integrità personale (pene corporali: mutilazione, fustigazione, ecc.), negli stati moderni la pena di regola incide soltanto su tre beni: sulla vita (pena capitale), sulla libertà (pene restrittive della libertà personale) e sul patrimonio (pene pecuniarie)*]]».

⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., pág. 398: «Aunque se remonta a la antigüedad, el principio de proporcionalidad de la pena sólo pudo afirmarse en la época de la Ilustración [...] Es claro que semejante proyecto de cálculo no era en modo alguno realizable con las viejas penas del talión, desde las corporales a las capitales: las cuales, aunque en apariencia más próximas al principio retributivo, no permitían ninguna graduación y medición, a causa de su indivisibilidad. Sólo con el advenimiento de las penas abstractas y convencionales privativas de libertad y pecuniarias se realiza, mediante la posibilidad de cuantificación en tiempo y en dinero, el presupuesto técnico de la proporcionalidad de la pena».

⁹⁷ Un buen ejemplo de que el concepto de retribución no implica una correspondencia en idéntica calidad y cualidad lo representan las retribuciones salariales dinerarias a cambio de tiempo de trabajo.

⁹⁸ En este sentido FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., pág. 398: «[...] el principio de proporcionalidad expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto* es en suma corolario de los principios de legalidad y retributividad, que tiene en éstos sus fundamento lógico y axiológico».

⁹⁹ Irrenunciable incluso para FEUERBACH, a quien se considera padre de la prevención general negativa. Así PAWLIK, Michael, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, ob. cit., pág. 27: «Respecto a la imposición de pena Feuerbach se pasa aquí a una fundamentación teórica retributiva [...] La ‘correcta armonía de los delitos y penas’ sería una ‘exigencia general de justicia penal, a saber que la gravedad de la pena amenazada legalmente esté en proporción con la medida de la culpa, y ni más dura, ni más suave sea de lo que merece el hecho [*Im Hinblick auf die Strafverhängung wechselt Feuerbach hier zu einer vergeltungstheoretischen Begründung über [...] Das ‘richtige Ebenmass der Verbrechen und Strafen’ sei eine ‘Hauptforderung der Strafgerechtigkeit, nämlich dass die Schwere der gesetzlich angedrohten Strafe mit der Grösse des Verschuldens im Verhältnis stehe, und weder strenger, noch gelinder sei als es die That verdient’*]]». La cita pertenece a un discurso de FEUERBACH ante el Real Consejo Secreto de Baviera [*Vortrag vor dem bayerischen Kgl. Geheimen Rat*], citado por Johannes NAGLER en su obra *Die Strafe*.

medida de pena a la gravedad del delito —en función de la distinta importancia del bien jurídico afectado— se garantiza la mesurabilidad, calculabilidad y, con ello, el carácter predeterminable de las penas, evitándose las tendencias hacia un Derecho penal de excepción de penas arbitrariamente desproporcionadas¹⁰⁰.

Ciertamente los defensores de las teorías de la prevención, prácticamente en su totalidad, han reconocido el carácter irrenunciable del principio de proporcionalidad, al menos en lo que supone de garantía como límite máximo de pretensiones preventivas desmedidas¹⁰¹. En realidad, su postura acerca de que la medida de la pena encuentra un

Eine juristisch-kriminalistische Untersuchung, Leipzig, 1918, pág. 393.

¹⁰⁰ HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, ob. cit., pág. 53: «Si el juicio sobre la culpabilidad y exculpación del autor de un delito se hace depender de si puede ser objeto de tratamiento o de si con su ejemplo se puede demostrar la inquebrantabilidad del ordenamiento juridicopenal, apenas queda algo del efecto saludable del principio de culpabilidad. Este efecto consistía en la obstinada negativa a satisfacer los intereses politicocriminales de intimidación y tratamiento, cuando podían producir un castigo desproporcionado del condenado; por lo menos en teoría, este efecto consistía en la garantía de que incluso el experto más inteligente y la necesidad politicocriminal más urgente encuentran sus límites en el grado de culpabilidad y, por tanto, en un conflicto dado tienen que fracasar si ello es necesario». EL MISMO, *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal*, ob. cit., pág. 14: «La sanción no debe ser pura y unilateral imposición de un mal, sino que debe mantener un equilibrio con el daño causado [...] Luego la pena no puede superar en su intensidad a la intensidad de la lesión de la norma causada, por lo que debe ser proporcional a ésta, es decir, debe ser equitativa». CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, ob. cit., pág. 67: «No sólo no es respetuosa con la dignidad de la persona la imposición de una pena sin culpabilidad, sino también la de cualquier pena que supere un ápice la medida de ésta. En otras palabras, sólo por la infracción del deber de obligación, y exactamente en su medida, puede aplicarse una pena: sólo de la completa comprobación del presupuesto puede desprenderse la consecuencia jurídica prevista por la norma jurídica».

¹⁰¹ HASSEMER, Winfried, «Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social», ob. cit., pág. 119: «En todas partes los teóricos modernos de la prevención señalan que sus exigencias no parten de un sistema de terror en el que se castiga a los inculpables (o excesivamente a los culpables), y que ellos sólo quieren perseguir fines dentro de unos límites establecidos por el principio retributivo». PAWLIK, Michael, «El terrorista y su derecho; sobre la posición teórico-jurídica del terrorismo moderno», en *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, ob. cit., pág. 160: «Tratándose del principio de culpabilidad, el recurso al modelo de fundamentación teórica de la pena como retribución es considerado irrenunciable incluso por los más decididos partidarios de la fundamentación de la pena en las teorías preventivas. Respecto del principio de culpabilidad, la opinión casi unánime estima que es consecuencia del mismo que la pena no debe tener mayor duración que la correspondiente a la gravedad de la culpabilidad, aunque las necesidades de tratamiento, seguridad o intimidación requieran una privación de la libertad más prolongada». Ejemplo paradigmático es ROXIN, para quien el principio de culpabilidad representa el límite a la prevención consistente en que para el autor culpable la pena tiene que mantener una correcta relación con su culpabilidad. Así dice este autor, en *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, ob. cit., pág. 24, acerca de la teoría de la retribución: «En su aplicación práctica esta teoría es de una gran utilidad, pues comporta una limitación al poder penal del Estado, en tanto que la pena no puede ser de mayor gravedad que la que corresponda a la gravedad de la culpabilidad del autor. En consecuencia, no resultaría lícito imponer para delitos leves una pena excesivamente grave, con el fin de intimidar más eficazmente a quienes en ellos pudieren incurrir, pues una pena de ese calibre excedería el grado de culpabilidad del autor» y más adelante pág. 27: «En Alemania existe hoy unanimidad acerca de que la pena ha de ser limitada por la culpabilidad del autor y que, en consecuencia, las razones de prevención general o especial no pueden llevar a imponer a nadie una pena de mayor gravedad que la que se corresponde con la del hecho cometido y con el grado de su culpabilidad personal».

límite máximo no rebasable en la gravedad del delito, pero que puede dulcificarse por debajo de dicha gravedad en atención a necesidades preventivo-especiales, puede parecer en buena medida deseable. Sin embargo, el problema estriba siempre en cómo hacer compatible este objetivo deseable con otras finalidades preventivas —las generales— a las que no se renuncia, dentro de las que opera necesariamente la lógica retributiva¹⁰².

Porque el principio de retribución, en tercer lugar, no resulta únicamente irrenunciable como una garantía frente a excesos preventivos, sino irrenunciable además dentro de la lógica propia de un efectivo y correcto funcionamiento de la prevención general¹⁰³. Como ha señalado ANTÓN ONECA muchos de los pensadores ilustrados,

¹⁰² CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, ob. cit., pág. 69: «La adecuación entre los fines de prevención general y especial corresponde al legislador en su formulación general y al juez en la ejecución particular (por más que la vigente Ley Orgánica general Penitenciaria atribuya excesivas competencias a la Administración penitenciaria), y constituye uno de los más graves problemas al que se enfrenta el Derecho penal contemporáneo. Es preciso lograr un adecuado equilibrio entre uno y otro, de manera que la función protectora de valores y, si se quiere, la confianza de los ciudadanos en la vigencia de las normas, no se vea negada por inadecuadas medidas de prevención especial, pero sin que tampoco se produzca el abandono de un mandato constitucional en aras de lo que a veces no son sino reaccionarios sentimientos de venganza fomentados por campañas demagógicas». Algunos autores han encontrado la solución a este problema en reservar la prevención especial exclusivamente para la ejecución de la pena. En este sentido, PAWLIK, Michael, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, ob. cit., págs. 94 y s.: «El punto de vista de la llamada *prevención especial* (en especial en su componente de resocialización) tiene ‘dentro de la imposición estatal de la pena’ su lugar. Según la concepción aquí desarrollada (y en concordancia con el art. 2 sección 1 de la ley de ejecución de penas) la prevención especial tiene que marcar de manera prioritaria la ejecución de la pena [Der Gesichtspunkt der sogenannten Spezialprävention (insbesondere in ihrer Resozialisierungskomponente) hat ‚innerhalb des staatlichen Strafens‘ seine Platz. Nach der hier entwickelten [sic] Konzeption (und im Einklang mit § 2 S. 1 StVollzG) hat die Spezialprävention vorrangig die Strafvollstreckung zu prägen]». Este problema no existiría, sin embargo, si se considera que también en la prevención especial opera la lógica de la retribución: PAGLIARO, Antonio, *Principi di Diritto Penale, Parte Generale*, ob. cit., pág. 684 y s.: «Dentro de la prevención especial, además, el principio de retribución opera en el sentido de hacer posible la aceptación de la sanción penal por parte del sujeto que es destinatario de ella. Sólo si la sanción es proporcionada al hecho cometido, puede existir alguna esperanza de que sea reconocida como justa y leve, por tanto, a la enmienda moral del reo [All’ interno della prevenzione speciale, poi, il principio di retribuzione opera nel senso di rendere possibile l’ accettazione della sanzione penale da parte del soggetto che ne è destinatario. Solo se la sanzione è proporzionata al fatto commesso, può esservi qualche speranza che essa sia riconosciuta come giusta e porti, quindi, all’ emenda morale del reo]».

¹⁰³ En contra HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, ob. cit., pág. 35: «las categorías necesarias para dar una respuesta adecuada a los problemas de la moderna sociedad, no son las categorías propias del derecho penal; no se trata de castigar, sino de controlar; no se trata de retribuir, sino de asegurar; no se trata del pasado, sino del futuro. Es obvio que el derecho penal está al final o al margen de la elaboración de estos problemas»; PAGLIARO, Antonio, *Principi di Diritto Penale, Parte Generale*, ob. cit., pág. 465: «Desde el punto de vista de la retribución, en efecto, no se vé cómo la exigencia de impedir que otros sujetos cometan el delito pueda influir sobre el sí y sobre el cuánto de la pena, sin comprometer aquella proporcionalidad entre el hecho cometido por el individuo y la respectiva sanción, que es requerida de manera rígida por el concepto de retribución [Dal punto di vista della retribuzione, infatti, non si vede come l’ esigenza di impedire che altri soggetti commettano il reato possa influire sull’ an o sul quatum della pena, senza compromettere quella proporzionalità tra il fatto commesso dal singolo e la

aunque en principio rechazaban el modelo retribucionista y apostaban por la prevención, en el fondo «predicaban la proporcionalidad como el mejor medio para que la pena ejerciera su misión admonitoria, con lo cual se identificaba la prevención general y la retribución»¹⁰⁴. En el caso de la Ilustración española ya en el siglo XVIII LARDIZÁBAL comprendió la vinculación existente entre la evitación de delitos y la imposición de penas proporcionadas: «Por regla general las leyes penales deben hacerse de modo, que el que se determine a cometer un delito tenga algún interés en no consumarle, en no cometerle con ciertas circunstancias que le hagan más atroz y pernicioso, en no pasar de una atrocidad a otra. Esto sólo puede conseguirse por medio de una graduación de penas proporcionadas a los progresos que se hagan en la prosecución del delito, a las circunstancias más, o menos graves, y a la mayor o menor atrocidad [...] si los delitos menores y menos cualificados se castigan con igual pena, que los mayores y más atroces, con facilidad se llegará a los extremos, porque en ellos suele darse más desahogo a las pasiones, por otra parte no hay más que temer, y por consiguiente no hay tampoco un interés, que estimule a contenerse en los medios»¹⁰⁵. Es más, para el autor

rispettiva sanzione, che è rigidamente richiesta dal concetto di retribuzione]». Creo que la cuestión debería formularse al revés, porque lo que no llega a entenderse es cómo se conseguiría impedir que los sujetos no cometan delitos si no es precisamente respetado la proporcionalidad entre el hecho cometido y la pena. En cualquier caso, a pesar de estas palabras el autor, de forma paradójica, reconoce la importancia del principio de la retribución dentro de la prevención general, pág. 684: «Siempre en el interior de la prevención general, el principio de retribución explica todavía otras funciones importantes en el ámbito de la orientación cultural de los miembros de la sociedad. En la medida en que el nivel de severidad sea suficientemente alto (y la sanción sea efectivamente aplicada), la sanción estatal sustituye la venganza privada, suprimiéndose la motivación: por tanto, evita la comisión de ulteriores hechos constitutivos de delito. En la medida en que el nivel de severidad esté por debajo del límite más allá del cual la sanción sería considerada injusta, se evitan eventuales reacciones de simpatía hacia el delincuente (que, por un fácil cambio, pueden convertirse en reacciones de simpatía hacia el delito) [*Sempre all'interno della prevenzione generale, il principio di retribuzione esplica ancora altre importanti funzioni nell'ambito dell'orientamento culturale dei consociati. In quanto il livello di severità sia sufficientemente alto (e la sanzione sia effettivamente applicata), la sanzione statale sostituisce la vendetta privata, sopprimendone la motivazione: perciò, evita la commissione di ulteriori fatti costituenti reato. In quanto il livello di severità stia al di sotto del limite oltre il quale la sanzione sarebbe considerata ingiusta, sono evitate eventuali reazioni di simpatia verso il delinquente (che, per un facile scambio, possono diventare reazioni di simpatia verso il delitto)*].

¹⁰⁴ ANTÓN ONECA, José, *Los fines de la pena según los penalistas de la ilustración*, ob. cit., pág. 14. Como ejemplo paradigmático pone a BECCARIA (ob. cit., pág. 8): «La intimidación general era preconizada, como hemos visto, por las legislaciones y los prácticos del antiguo régimen. Pero en Beccaria hay una diferencia radical. Aquéllos hacían un derroche de medios terroríficos. Beccaria aconseja la mitigación y, acudiendo al terreno de la eficacia, demuestra cómo dicho excesos eran no sólo inútiles, sino contraproducentes. Lo buscado antes mediante la severidad desmedida, se conseguirá mejor con la proporción entre los delitos y las penas (§ VI) con la prontitud de la pena (§ XIX) y con la certeza de la misma».

¹⁰⁵ DE LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel, *Discurso sobre las penas*, Edit.: Gráficas Santamaría, Victoria-Gasteiz, 2001, págs. 44-45, todos los textos citados de esta obra han sido transcritos adaptándolos a las actuales reglas ortográficas. A pesar de defender el principio de proporcionalidad LARDIZÁBAL defendía la prevención como uno de los principales fines de la pena, pág. 51: «uno de los fines más esenciales de

las penas no proporcionadas al delito no sólo no evitarían la delincuencia, sino que además tendrían el efecto de provocar delitos todavía de mayor gravedad: «La razón misma dicta, que le delito grave se castigue con más severidad que el leve. Si la ley no hace esta justa distinción en las penas, los hombres tampoco harán diferencia entre los delitos, y de esta injusta igualdad resulta una muy singular contradicción, cual es, que las leyes tengan que castigar delitos, que ellas mismas han ocasionado [...] Las leyes, por ejemplo, que imponen pena capital indistintamente al ladrón que roba y asesina en un camino, y al que se contenta sólo con robar, ¿cuántos asesinatos habrán causado, aunque contra su intención, que no se habrían cometido, si se hubiera guardado la debida proporción en las penas? El ladrón que sabe, que mate o no mate, ha de sufrir la pena capital por solo el hecho de haber robado en un camino, quita la vida al que roba, porque este es un medio de ocultar su delito y evitar el castigo, o a lo menos de dificultar y dilatar su prueba. Y he aquí como la misma ley expone la vida del hombre, por conservar sus bienes, y obliga a un facineroso a cometer dos delitos, cuando acaso sólo pensaría en uno»¹⁰⁶

En nuestra actual doctrina también GIMBERNAT ORDEIG ha descrito los efectos perjudiciales para la intimidación preventiva introducidos por una pena desvinculada de la retribución proporcional al delito¹⁰⁷: «Pues si la tarea que la pena tiene que cumplir es

las penas, como se dirá después, es el ejemplo, que con ellas deba darse, para que sirva de escarmiento a las que no han delinquido y se abstengan de hacerlo».

¹⁰⁶ DE LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel, *Discurso sobre las penas*, ob. cit., págs. 42 y s.

¹⁰⁷ Igualmente en la doctrina italiana ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, ob. cit., pág. 691: «Quedan las teorías de la intimidación (la llamada función general y preventivo especial de la pena. Contra ellas se ha dicho que, asignando a la pena tal fin, se debería llegar a la conclusión de que las penas deben ser, lo más posible, duras y crueles. Esta objeción no da en el blanco, porque no considera la delicadeza del instrumento psicológico que es la amenaza penal. La experiencia enseña, en efecto, que solamente una pena justa, la cual corresponda a los criterios de valoración que están radicados en la conciencia del pueblo, puede cumplir de manera oportuna la tarea de prevención de los delitos. Una ley penal que esté en conflicto con tales criterios, una ley violenta y brutal, no hace otra cosa que excitar los instintos criminales latentes de las masas [*Restano le teorie dell'intimidazione (c.d. funzione generale e specialpreventiva della pena). Contro di esse si è detto che, assegnando alla pena tale scopo, si dovrebbe giungere alla conclusione che le pene debbono essere il più possibile dure e crudeli. Questa obiezione non coglie nel segno, perché non considera la delicatezza di quello strumento psicologico che è la minaccia penale. L'esperienza insegna, infatti, che soltanto una pena equa, la quale corrisponda ai criteri di valutazione che sono radicati nella coscienza del popolo, può assolvere in modo opportuno il compito di prevenzione dei reati. Una legge penale che sia in contrasto con tali criteri, una legge violenta e brutale, non fa che eccitare i latenti istinti criminali delle masse*]». E igualmente PAGLIARO, Antonio, *Principi di Diritto Penale, Parte Generale*, ob. cit., págs. 680 y s.: «Para obtener el máximo efecto preventivo, el nivel óptimo de severidad no es el más elevado (como se piensa comúnmente), sino es aquel que la colectividad considera 'justo' en un momento dado histórico [...] Las tres marcas, de las cuales depende el efecto de prevención general, ya no serán más 'severidad', 'certeza' y 'prontitud' (de la sanción penal). La nueva teoría de la prevención general se basará, más bien, en su 'justicia', 'certeza' y

la de reforzar el carácter inhibitor de una prohibición, la de crear y mantener en los ciudadanos unos controles que han de ser más vigorosos cuanto mayor sea la nocividad social de un comportamiento, sería por ejemplo absolutamente injustificable que se castigase más severamente un delito contra la propiedad que uno contra la vida. El legislador en un caso así, no habría hecho un recto uso del medio —que con tanto cuidado hay que manejar— de la pena: estaría dando un vigor innecesario a la prohibición de lesionar la propiedad e, indirectamente, restando eficacia a la prohibición de matar sobre cuyo carácter absolutamente incondicional no debe existir ninguna duda entre los ciudadanos, estaría, pues, desorientando e introduciendo anarquía en los controles de conciencia individuales, estaría, en definitiva, dando más énfasis del necesario (estaría imponiendo una pena excesivamente elevada) a una determinada prohibición [...] Castigar con el máximo rigor todos los delitos, prescindiendo del distinto trastorno social que producen —que es mayor cuanto más valor se atribuye al bien jurídico lesionado y mayor también, respecto de un mismo bien jurídico, en la conducta dolosa que en la culposa— es inadmisibles, en primer lugar, porque la pena —y esto reside en la naturaleza de las cosas— no se puede aplicar derrochadoramente, sino cautelosamente; en otro caso se introduciría desconcierto en los mecanismos humanos de control y sólo se conseguiría la destrucción del efecto de la pena de ser un importante medio de encauzamiento de conductas»¹⁰⁸.

Pero al margen de las distorsiones en las relaciones de gravedad entre delitos, queda la cuestión, ahora individual a cada delito, de cómo desde la prevención negativa apartar de la comisión al delincuente, si no es llegando a una suerte de compensación entre la ventaja del delito y la desventaja de la pena¹⁰⁹. Pero el débito es incluso mayor desde la teoría de la prevención positiva, que suele encontrar, no extrañamente, fáciles y cómodas filiaciones con las teorías retributivas¹¹⁰. JAKOBS, como quedó dicho arriba, de

‘prontitud’ [Per ottenere il massimo effetto preventivo, il livello ottimale di severità non è il più elevato (come si pensa comunemente), ma è quello che la collettività considera ‘giusto’ in un dato momento storico. [...] I tre contrassegni, dai quali dipende l’effetto di prevenzione generale, non saranno più ‘severità’, ‘certezza’ e ‘prontezza’ (della sanzione penale). La nuova teoria della prevenzione generale si impignerà, piuttosto, su ‘giustizia’, ‘certezza’ e ‘prontezza’].».

¹⁰⁸ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?», ob. cit., págs. 118 y ss.

¹⁰⁹ ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, ob. cit., pág. 678: «como el delito representa para aquel que lo comete la satisfacción de una necesidad, es decir un placer, surge la necesidad de un contrapeso, el cuál no puede ser representado por otra cosa que por lo opuesto del placer, es decir un sufrimiento».

¹¹⁰ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, ob. cit., pág. 64: «Sobre todo a partir del auge de las teorías sistémicas se viene subrayando otro aspecto que permite

manera expresa reconoce sus vínculos con la teoría de la pena de KANT y HEGEL, pese a rechazar la identificación de su postura con los planteamientos retributivos. Y si bien esto es cierto —en la medida en que para la construcción teórica de JAKOBS la imposición de la pena no tiene su verdadera causa en la comisión de un delito, sino en la necesidad de estabilizar normativamente el sistema social— también es verdad que esa estabilización sólo puede lograrse mirando hacia el delito cometido, a la manera de las teorías retributivas, y oponiendo a su carga de desestabilización, introducida en el mundo social, un contrapeso suficiente que permita retomar el equilibrio. De esta manera, sólo gracias a que, siguiendo la lógica propia de la retribución, se contrarresta la lesión de las normas puesta en juego por el delito, se logra el efecto de confirmación del orden normativo pretendido por la prevención positiva.

El objetivo de estas breves observaciones sobre el criterio de retribución no ha de ser entendido, en ningún caso, como una crítica a la validez de los fines preventivos. Más que otra cosa se trata de un pequeño esfuerzo por rescatar al principio retributivo de un injusto descrédito “a la totalidad”, un pequeño esfuerzo que intenta devolverle un cierto campo de legitimidad, en aquello que de irrenunciable tiene incluso para quienes defienden teorías preventivas¹¹¹. No se ha pretendido, desde luego, escenificar un combate de teorías retributivas *versus* teorías preventivas. En cambio, parecía importante mostrar que para la defensa de las teorías de la prevención más que la lucha, convenía el apoyo en ciertas premisas retributivas para alcanzar mayores garantías y

hablar de prevención general integradora o positiva, frente a la intimidatorio o negativa, que sería la anterior: mediante la aplicación de la pena a un delincuente, los demás ciudadanos recuperan su confianza en la vigencia de las normas (lo que redundaría en beneficio del sistema): la conducta delictiva o desviada supone el cuestionamiento de la aludida vigencia, que se afirma con la aplicación de la consecuencia jurídica. Tampoco esta concepción parece excesivamente innovadora, sin que llegue a apreciarse en qué se diferencia de la tesis hegeliana, y sin que se alcance por qué ésta es retributiva y aquella preventiva».

¹¹¹ Sin embargo, en los últimos años al menos en Alemania se estaría asistiendo a un renacimiento de las teorías absolutas de la pena. Así con relación a este renacimiento PAWLIK, Michael, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, ob. cit., págs. 45 y s., habla, en primer lugar, de que «el espectro de fundamentaciones va desde la referencia al fijo anclaje en nuestra cultura de una praxis del ‘tomar a mal [resentimiento]’ (Hörnle, von Hirsch) pasando por las discusiones de la teoría de la comunicación y de la simbología (Schmitz, Jakobs, Lesch) hasta el regreso a las teorías penales de Kant (Höffe, Oberer, Kühl, E.A. Wolf, Köhler, Kahlo, Zaczek, Harper) y de Hegel (Herzog, Kleszczewski, Schild) así como a consideraciones generales de la teoría de la justicia (Lampe, Rhonheimer, J.-C. Wolf) [*Das Spektrum der Begründungen reicht von dem Verweis auf die feste Verankerung einer Praxis des ‚Übelnehmens‘ in unserer Kultur (Hörnle, von Hirsch) über zeichnen- bzw. kommunikationstheoretische Erörterungen (Schmitz, Jakobs, Lesch) bis hin zum Rückgriff auf die Straftheorien Kants (Höffe, Oberer, Kühl, E.A. Wolf, Köhler, Kahlo, Zaczek, Harzer) und Hegels (Herzog, Kleszczewski, Schild) sowie auf allgemeine gerechtigkeits-theoretische Erwägungen (Lampe, Rhonheimer, J.-C. Wolf)]». Además, en segundo lugar, PAWLIK alude (pág. 46 y s.) como prueba de este renacimiento a un cambio de clima de pensamiento hacia posturas retribucionistas que se aprecia en autores como HASSEMER y FRISCH.*

cotas de eficacia. Aquí, por tanto, tampoco se declarará vencedora a ninguna teoría, porque tampoco es necesario. Dado que el objeto de la tesis no es una discusión sobre las teorías de la pena, considero, una vez analizadas las diversas posturas, que tanto la prevención como retribución parecen principios legítimos capaces de ofrecer un fundamento sólido para la norma de la alevosía. Pero, para ello, había que enfrentar ciertos reparos a la adopción del criterio de retribución, nacidos de su descrédito a lo largo de varias décadas. Eso es lo que se ha pretendido. En lo que sigue la tarea será estudiar la posible fundamentación de la figura de la alevosía en una lógica bien preventiva o bien retributiva encaminada a cumplir con la tarea de defensa social del Derecho penal.

1.2.b) Los fines de la pena como instrumentos de interpretación de normas

Que los fines de la pena proporcionan un fundamento a la interpretación de las normas penales significa que gracias a los fines somos capaces de conocer cómo se relacionan entre sí los dos componentes siempre presentes en la norma penal; delito y pena. Pues, si en la norma penal se tipifica un delito asociándole una pena, los fines de la pena me informan sobre el sentido y modalidad de esa asociación entre delito y pena. Como consecuencia tenemos que las dos teorías en las que en mayor medida se ha afanado la ciencia penal —la teoría de la pena y la teoría del delito— encuentran su punto de contacto en los fines de la pena. Para comprobarlo basta con acudir ahora a los dos fines que se consideraron legítimos en el apartado anterior. Quien mantenga que el fin de la pena es la retribución estará queriendo decir, entonces, que pena y delito se relacionan de manera retributiva; la pena retribuye el delito. Quien, en cambio, considere a la prevención como fin de la pena, estará diciendo en realidad que previniendo es como se establece la vinculación del delito a la pena, pues la pena previene el delito. Y del mismo modo ocurriría con otro fin cualquiera —precisamente por ser fin de la pena dirigido al delito— que pudiéramos encontrar para la pena.

Ahora bien los fines de la pena, al establecer esta relación recíproca entre delito y pena, atribuyen tanto a uno como a otra papeles diferentes. La pena desempeña un papel activo —de agente— en la relación, porque su misión consiste en cumplir con el fin de la pena. En cambio el delito adopta un papel pasivo —de objeto—, pues él no realiza,

sino que frente a él se cumple con el fin de la pena. Esto nuevamente se ejemplifica acudiendo a los fines concretos de la pena. Cuando a través del fin de prevención se pone en relación a delito y pena, a la pena se le concede el papel activo —de agente— de prevenir, mientras al delito se le atribuye el papel pasivo —de objeto— de ser lo prevenido por la pena. De modo similar ocurre en caso de la retribución; la pena queda caracteriza como lo que retribuye —agente— el delito y el delito como lo retribuido —objeto— por la pena.

Este papel atribuido por los fines de la pena respectivamente a delito y a pena produce consecuencias de cara a la elaboración tanto de la teoría del delito como de la teoría de la pena. Porque en ambas teorías sólo puede determinarse de manera acertada las características propias que tengan pena y delito desde el respectivo papel —activo o pasivo— que ambos particularmente desempeñan en relación con los fines de la pena. Quienes han pretendido construir la teoría del delito a partir de los fines de la pena están por esto en lo cierto¹¹². Es cierto, como afirman, que la teoría del delito no se halla desvinculada de los fines de la pena, y que, por tanto, se ha de construir “teleológicamente” con arreglo a ellos. Pero si —como se dice— la teoría del delito no se halla desvinculada de los fines de la pena, ese vínculo se debe en realidad a que el delito constituye el objeto pasivo frente al que se dirigen los fines de la pena. Y si además —como se continúa diciendo— la teoría del delito ha de elaborarse “teleológicamente” a partir de los fines de la pena es porque, precisamente, la caracterización del delito no puede desconocer dicha vinculación, es decir, que el delito es el objeto pasivo respecto al que se realiza los fines de la pena. Resulta así evidente que el delito no podrá ostentar

¹¹² MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Edit.: Ariel, Barcelona, 1994, pág. 45: «La teoría del delito no se halla, en efecto, desvinculada del fundamento y la función de la pena. Al contrario, constituye la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser objeto de una *pena* y da respuesta a la pregunta de cuáles son los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para que algo sea punible. La contestación a este interrogante ha de depender, por tanto, de la función que se atribuya a la pena y de los límites que se impongan, de modo general, a su ejercicio. A esta conclusión ha de llegar quien admita que, siendo la teoría del delito la que establece los presupuestos generales de la pena, ha de elaborarse ‘teleológicamente’ o, mejor, a partir de este significado *funcional*, y en base, asimismo, a la *función social* que la Constitución atribuye a la pena. Ello supondrá un planteamiento funcionalista de la teoría del delito». PAWLIK, Michael, «La pena retributiva y el concepto de delito», ob. cit., págs. 77 y s.: «El concepto de delito depende del modelo de la legitimación de la pena, y ello, pues el delito y pena se encuentran referidos el uno al otro, como el tipo penal y su consecuencia jurídica. Dicho de forma ejemplificativa: la pena legitimada desde la perspectiva de la prevención general positiva tiene otros requisitos que la pena retributiva. Si uno quiere determinar qué supone conceptualmente un delito deberá dirigirse primeramente a la teoría de la pena. Desde hace algunas décadas es creciente el convencimiento de que la teoría general del delito depende de las consideraciones que se realicen sobre las finalidades de la pena».

cualesquiera características —dado que, en principio, no frente a todo cabrá efectuar los fines de la pena—, sino que sus notas deberán quedar determinadas por el hecho de ser el delito el objeto frente al que se dirigen de los fines de la pena. La teoría del delito estará en definitiva constreñida en su elaboración por las condiciones impuestas por este carácter de “objeto de los fines de la pena” propio del delito. Todo lo anterior resulta más claro, si se particulariza en nuestros dos fines. Así si, en primer lugar, se propone como fin de la pena la retribución, entonces evidentemente el objeto pasivo de la retribución es el delito; pues aquello frente a lo que se realiza la retribución —lo que se retribuye— es el delito. Lo relevante será que el delito, entendido como lo retribuido, no podrá contar con cualesquiera notas —pues, en principio, no todo puede ser objeto de retribución— sino que deberá contar con una específica configuración que lo haga susceptible de retribución, lo que ocurrirá cuando la cantidad de pena se corresponda de tal modo a la gravedad del delito que pueda afirmarse que aquélla paga, retribuye o compensa éste. Lo mismo sucede con la prevención; también el objeto pasivo de ésta es el delito, pues, lógicamente, el delito es lo que se previene. Lo importante también aquí será que el delito, dado que se conceptúa como lo prevenido, no podrá asumir cualquier caracterización —igualmente, no todo puede prevenirse— sino una determinada, la de ser susceptible de prevención.

Pero si los autores anteriores, pertenecientes a la corriente normativa, han sabido hacer fructífera la vinculación entre teoría del delito y fines atribuidos a la pena, no ha ocurrido lo mismo en cuanto a la relación entre la teoría de la pena y los fines de la pena. Porque es cierto que la teoría del delito se ha construido tomando en cuenta que el delito es el objeto de los fines de la pena, pero se ha olvidado que, a su vez, la pena es el agente que los hace efectivos, y que, por tanto, no únicamente la teoría del delito, sino también la teoría de la pena se ha de construir en atención a los fines de la pena. Es decir, en atención a que no todo puede ser conceptuado como pena, sino sólo aquello capaz de llevar a efecto los fines de la pena. La teoría de la pena se encontrará entonces condicionada por ser la pena el “agente de los fines de la pena” del mismo modo que el delito lo estaba por ser el objeto. De nuevo es útil acudir a los fines concretos de la pena. En lo que se refiere al fin de retribución la pena actúa retribuyendo el delito. En tanto que agente de retribución, la pena adquiere una configuración precisa —ser aquello

capaz de retribuir—, pues no todo retribuye¹¹³. También en el fin de prevención se descubre con facilidad el carácter de agente de la pena; ésta actúa previniendo el delito. Este carácter exige que la pena no pueda conceptualizarse de cualquier manera, sino sólo adoptando aquellas notas que hagan que ella, en efecto, prevenga¹¹⁴.

En este punto resulta necesario rebatir a quienes han afirmado la necesidad de no confundir respecto a la pena dos esferas claramente diferenciadas¹¹⁵. Por una parte, se dice, cabría distinguir el “concepto” de pena que se identifica con un castigo, mientras por otro lado estaría la “función” de la pena, cuya cuestión en absoluto queda prejuzgada por el hecho de haber admitido el castigo como concepto de la pena; el mal que conlleva el castigo puede servir tanto al fin de prevención como al de retribución. De ser cierto que “concepto” y “función” de la pena son ámbitos independientes, no podría sostenerse, como pretendemos, que la caracterización de la pena (concepto) deba ser determinada a partir de los fines de la pena (función).

Sin embargo, frente a este planteamiento habría que comenzar por oponer que el concepto de pena no se identifica con un mal, por la razón simple de que no a todo mal puede denominársele pena. Un mal o castigo por sí mismo nunca constituye una pena. Sólo cuando un mal se impone en virtud de determinadas razones, pero en ningún caso en atención a otras, adquiere la cualidad jurídica de pena¹¹⁶. Si no fuera así el Derecho

¹¹³ Por eso para la retribución una pena no es cualquier cosa. Frente a una estafa un viaje con todos los gastos pagados a las Islas canarias no es una pena. El periplo por tierras soleadas bañadas por el mar resultará, sin duda, muy gratificante, pero, en modo alguno, podrá retribuir el engaño sufrido por los afectados.

¹¹⁴ En este sentido no todo sirve a la prevención. Gratificar con una suma doble a la sustraída en un robo, aumentará la cuenta corriente de quien lo perpetró, pero, en absoluto, prevendrá, como debiera la pena, futuros actos semejantes.

¹¹⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pág. 96: «A menudo se afirma que el Código penal español es retribucionista. Sin duda, en el Derecho positivo —no sólo en el español— la pena es un mal que se impone en cuanto tal mal como respuesta a la comisión de un delito. [...] Sin embargo, este ‘concepto’ de pena como castigo no ha de prejuzgar la solución a la cuestión de la ‘función’ de la pena. Que la pena sea conceptualmente un castigo, no implica que su función última sea la retribución». MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Edit.: Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día, Valencia, 2010, pág. 46: «También el concepto de pena se plantea, en principio, como un concepto formal. Pena es el mal que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables del mismo. Con esta definición no se dice nada, sin embargo, sobre cuál es la naturaleza de ese mal o por qué o para qué se impone».

¹¹⁶ MIZRAHI, Esteban, «Estado, Derecho y pena», en *Los presupuestos filosóficos del Derecho penal contemporáneo. Conversaciones con Günther Jakobs*, ob. cit., pág. 15 y s.: «Muy temprano en la tradición occidental, el castigo y su administración aparecen asociados a una fundamentación filosófica. Para la gran mayoría de los pensadores de esta tradición resulta evidente que la simple acción de penar necesita de una elaboración discursiva específica que la distinga del puro ejercicio de la violencia [...] No hay razones para delinquir pero sí para castigar. Y aun cuando estas razones apelen a órdenes discursivos

penal y los penalistas deberíamos emplear el nombre de “pena” para referirnos a cualquier causación de un mal¹¹⁷, independientemente de cuáles fueran las razones para causarlo. Pero, ni el Derecho penal, ni los penalistas están dispuestos a reconocer una pena en los fenómenos de violencia informal, es decir, que exista una pena ahí donde, por ejemplo, un particular causa un mal a otro por motivos de venganza¹¹⁸. Estas razones, que convierten a un mal en una pena, se concretan en los fines atribuidos convencionalmente a la pena. Por eso una pena no es, por ejemplo, un castigo cuyo único objeto es causar sufrimiento, ni tampoco un mal que procura la venganza¹¹⁹, porque ni el causar sufrimiento, ni la búsqueda de la venganza son fines generalmente

muy diversos, según las épocas y las preferencias teóricas de los autores, son filosóficas en la medida en que exceden el registro de lo meramente establecido, lo tornan problemático y a partir de allí dan lugar a una fundamentación que contribuye a la legitimación social de la pena»

¹¹⁷ Ni siquiera el lego jurídico emplea este término con semejante arbitrariedad. Véase PAWLIK, Michael, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, ob. cit., pág. 15 y s.: «También el lego jurídico sabe tratar en lo esencial correctamente con la palabra ‘pena’ [...] En tales certezas del habla cotidiana viene a expresarse un entendimiento (frecuentemente todavía difuso) precientífico del fenómeno de la pena criminal [...] Según una interpretación en gran medida compartida, cuatro elementos son en lo esencial los que caracterizan el entendimiento precientífico de la pena criminal. ‘Pena’ según esto es (a) un acto coactivo que limita la libertad (en terminología tradicional: un mal), (b) el cual a una persona en un proceso estatal formalizado (c) se infringe como reacción a la lesión de una regla jurídica, (d) en la medida en que la infracción de la regla puede imputarse de forma desaprobatoria a esa persona [*Auch der juristische Laie weiß mit dem Wort ‚Strafe‘ im wesentlichen korrekt umgehen.[...] In derartigen alltagssprachlichen Gewißheiten kommt ein (häufig noch diffuses) vorwissenschaftliches Verständnis des Phänomens der Kriminalstrafe zum Ausdruck [...] Nach weithin geteilter Auffassung sind es im wesentlichen vier Merkmale, die das vorwissenschaftliche Verständnis der Kriminalstrafe kennzeichnen. ‚Strafe‘ ist danach (a) ein freiheitsbeschränkender Zwangsakt (in herkömmlicher Terminologie: ein Übel), (b) der einer Person in einem formalisierten staatlichen Verfahren (c) als Reaktion auf die Verletzung einer rechtlichen Regel zugefügt wird, (d) soweit der Regelverstoß dieser Person mißbilligend zuzurechnen ist]*»

¹¹⁸ ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, ob. cit., 2003, págs. 675 y s., quien a pesar de comenzar diciendo «La palabra ‘pena’ es sinónimo de ‘castigo’: ella en general indica el dolor, el sufrimiento que viene infligido a aquél que ha violado un mandato [*La parola ‘pena’ è sinonimi di ‘castigo: essa in generale indica il dolore, la sofferenza che viene inflitta a colui che ha violato un comando*]» matiza en gran medida su posición, en el sentido aquí defendido, con las siguientes palabras: «el carácter ahora indicado es propio de todos los castigos, también de aquellos que son infligidos en el ámbito privado: en la familia, en los colegios, en las asociaciones, etc. En todo caso, el castigo implica un sufrimiento. La pena que a nosotros nos interesa se diferencia de los otros castigos en cuanto es infligida por el Estado: es una sanción pública [*Il carattere ora indicato è proprio di tutti i castighi, anche di quelli che sono inflitti nell’ambito privato: nella famiglia, nei collegi, nelle associazioni, ecc. In ogni caso, il castigo implica una sofferenza. La pena che a noi interessa differisce dagli altri castighi, in quanto è inflitta dallo Stato; è una sanzione pubblica*]». Pero ni siquiera esto basta, según ANTOLISEI, para caracterizar a la pena de la que hablan los penalistas porque «el Estado recurre no pocas veces a la pena fuera del derecho penal [*lo Stato ricorre non poche volte alla pena anche al di fuori del diritto penale*]», de ahí que todavía «dos notas, en efecto, distingan las penas criminales de las otras penas públicas: una concierne al órgano que la aplica, la otra al modo con el cual vienen aplicadas. El órgano es la Autoridad judicial; el modo es aquel característico conjunto de actos que constituyen el proceso [*Due note, infatti, distinguono le pene criminali dalle altre pene pubbliche: una concerne l’organo che le applica, l’altra il modo con cui vengono applicate. L’organo è l’Autorità giudiziaria; il modo è quel caratteristico insieme di atti che costituisce il processo*]». Si la pena a la que se refieren los penalistas es ésta definida aquí por ANTOLISEI, resulta imposible decir que no incorpora ya una componente jurídico-garantista.

¹¹⁹ La venganza, a diferencia de la retribución, no es necesariamente proporcional.

admitidos de la pena. Una pena, en cambio, puede ser un castigo dirigido a retribuir o un mal que pretende prevenir porque tanto la retribución como la prevención son reconocidos, en cada caso por sus partidarios, como finalidades legítimas para la pena. Ahora bien, si cabe encontrar males que no son penas, es porque la extensión del concepto de mal resulta mayor que la extensión del concepto de pena¹²⁰. Es decir, el ámbito de cosas incluidas bajo la noción de mal es mayor que el de aquellas abarcadas bajo la noción de pena. Como la extensión de concepto de mal es mayor englobará —males que se conceptuarán como— penas, pero también incluirá otros males no susceptibles de denominarse penas, lo que conduce a que la identificación del concepto de pena con el de mal no pueda sostenerse¹²¹. Ahora bien, si la noción de mal no sirve para caracterizar adecuadamente el concepto de pena, en cambio sí será posible realizar esta caracterización a partir de los fines de la pena, pues éstos permiten discriminar entre los males aquellos que caen bajo la denominación de pena¹²²; para saber si un mal es una pena se precisará investigar si realiza algún fin reconocido de la pena, y sólo en caso de que así sea podrá considerarse como pena¹²³.

¹²⁰ Una explicación de la noción de extensión de un concepto puede consultarse MARTÍNEZ MARZOA, Felipe, *Iniciación a la Filosofía*, Edit.: Istmo, Madrid, 1974, págs. 35 y ss.

¹²¹ Un ejemplo bastante más profano lo dejará más claro. Nadie duda que no todo animal es hombre. En efecto, hay animales que no son hombres. Que sea así exige que la extensión —el conjunto de cosas que caen bajo el concepto— de “animal” sea mayor que la extensión —el ámbito de cosas que abarca el concepto— de “hombre”. Que la extensión de “animal” es mayor significa que bajo ella se incluyen hombres, pero también otras cosas que no son hombres —el resto de animales—. El concepto de animal no permite caracterizar adecuadamente al concepto de hombre porque desde él no se distingue a los hombres del resto de los animales; tanto unos como otros realizan el concepto de animal. Para este ejemplo sería la nota de racional aquella que haría posible discriminar a los hombres del resto de animales.

¹²² Los fines de la pena, en definitiva, son las condiciones jurídicas que tienen que cumplirse para que un fenómeno no jurídico como la imposición de un mal adquiera la cualidad jurídica de pena. Pero aunque los fines de la pena son condiciones elaboradas desde la teoría jurídica, su aplicación práctica concreta se decide políticamente. Es decir, las teorías de la pena son ejercicios científicos que buscan determinar ciertos fines como condiciones jurídicas para la imposición de pena, sin embargo la decisión práctica que establece cuáles hayan de ser los fines que en un contexto concreto se persigan a la hora de imponer penas ya no es una cuestión teórico-jurídica sino que pertenece a la política criminal.

¹²³ A este respecto véase la STC 120/2000 de 10 de mayo con arreglo a la cual la constitucionalidad de las penas exige que éstas cumplan con algún fin legítimo de la pena, sin que sea necesario que dicho fin quede únicamente restringido a la resocialización del artículo 25.2 de la Constitución Española: «En efecto, ha de tenerse presente de un lado, como este Tribunal ha afirmado en otras ocasiones, que el art. 25.2 CE contiene un mandato dirigido al legislador y a la Administración Penitenciaria para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad (STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 4; en el mismo sentido, SSTC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 9; 28/1988, de 23 de febrero, FJ 2; 55/1996, de 28 de marzo, FJ 4; 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 7; en sentido similar SSTC 79/1988, de 1 de abril, FJ 2; 88/1988, de 21 de abril, FJ 3). De otro lado, que la presunta vulneración del art. 25.2 CE parece partir de que el único fin legítimo de las penas privativas de libertad es la resocialización y reinserción social. Sin embargo, como este Tribunal ha declarado en la ya citada STC 150/1991, FJ 4, ‘el art. 25.2 CE no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Constitución ni, desde luego, de entre los posibles —prevención especial, retribución, reinserción, etc.— ha optado por una concreta función de la pena’. De lo que se desprende, en primer lugar, que no puede

Para acabar aunque, frente a quien sostiene que “concepto” y “función” de la pena son ámbitos heterogéneos, se admite la posibilidad teórica de distinguir entre “qué es la pena” (concepto) y “para qué sirve la pena” (función), creo que el error está en pensar que por que se pueden distinguir son también ámbitos independientes. Porque lo que ocurre en el caso de la pena es que su concepto, lejos de ser independiente de su función, únicamente puede determinarse a partir de ésta, es decir, a partir de los fines de la pena¹²⁴. Pero esto no ocurre sólo en el caso de la pena, sino igualmente en muchos otros casos. Por ejemplo, en el caso un tanto pueril de una silla. A la pregunta “¿qué es una silla?” no se responde con madera, hierro o plástico aunque haya sillas de madera, hierro y plástico. Lo que es una silla (su concepto) se responde únicamente cuando nombramos aquello para lo que sirve (su función): una silla es aquello que sirve para sentarnos.

Nunca se trata, por tanto, de que la pena sea un mal o un castigo independientemente de que luego sirva para retribuir, prevenir o cumplir cualquier otro fin admitido, sino de que sólo estamos dispuestos a reconocer una pena, ahí donde se cumple efectivamente con algún fin reconocido a la pena. Porque, en definitiva, sólo queda uno de estos dos caminos; o bien admitimos que únicamente son penas castigos que realizan fines de la pena, o bien estaremos forzados a aceptar un Derecho penal que transige en denominar penas —y lo es que aun peor, imponerlas— a males y castigos con independencia de que sirvan para cumplir fin alguno legítimo de la pena.

afirmarse que las penas de arresto menor con las que se conmina la conducta en abstracto infrinjan el art. 25.2 por su inidoneidad para cumplir uno de entre los varios fines constitucionalmente legítimos, ya que la constitucionalidad de dicha pena quedaría avalada por su aptitud para alcanzar otro u otros de dichos fines. En segundo lugar, que su confrontación con el mandato contenido en el art. 25.2 CE en ningún caso puede derivar de su genérica falta de virtualidad para alcanzar la resocialización del condenado. A lo que cabe agregar, por último, que no cabe negar toda posibilidad de que la efectiva imposición de una pena privativa de libertad de tan corta duración pueda cumplir la finalidad de resocialización y reinserción social, dado que la intimidación específica e individual que se opera con el sometimiento efectivo del sujeto al proceso penal y con la declaración de culpabilidad y correlativa imposición de la pena, puede ser, por sí misma, idónea para alcanzar un efecto resocializador».

¹²⁴ PAWLIK, Michael, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, ob. cit., pág. 18 y s.: «Dicho en las palabras, citadas con aprobación por Binding, del historiador del Derecho Wilda: ‘No es el mal de la pena ... lo que constituye la esencia de la pena pública, sino la idea que determina el modo de su uso en su aplicación [...] El ‘programa’, por el cual se rige la elección del instrumental de la sanción, se llama en el primer caso *prevención*, en el segundo *retribución* [In den von Binding beifällig zitierten Worten des Rechtshistorikers Wilda gesprochen: ‚Nicht das Strafübel ist es ..., welches das Wesen der öffentlichen Strafe ausmacht, sondern der Gedanke, der bei deren Anwendung die Art ihres Gebrauches bestimmt [...] Das ‚Programm‘, nach dem sich die Wahl des Sanktionsinstrumentariums richtet, heißt im ersten Fall *Prävention*, im zweiten *Retribution*]». Las citas son respectivamente WILDA, *Das Strafrecht der Germanen*, pág. 487 y BINDING, *Die Entstehung der öffentlichen Strafe im germanisch-deutschen Recht*, Leipzig, 1908, pág. 36.

1.2.c) La interpretación de las circunstancias modificativas a partir de los fines de la pena

En lo que sigue trataré de aplicar en el específico campo de las circunstancias modificativas las consecuencias recientemente obtenidas de la interpretación a partir de los fines de la pena de los dos componentes —“delito” y “pena”— de la norma penal. Para comenzar resulta conveniente acudir al único hecho que parece indiscutido para la doctrina penal respecto de las circunstancias modificativas¹²⁵; el hecho absolutamente pacífico de que las circunstancias consisten en una modificación la responsabilidad penal¹²⁶. Por su carácter indiscutido algunos autores¹²⁷ han querido ver en este hecho el fundamento de las circunstancias modificativas. GONZÁLEZ CUSSAC afirma, en este sentido, que las circunstancias encuentran su fundamento en el ámbito de la teoría de la pena, concretamente en una mayor o menor necesidad de pena vinculada a una correspondiente mayor o menor necesidad de tutela¹²⁸. Sin embargo, entender así las

¹²⁵ SALINERO ALONSO, Carmen, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código penal*, ob. cit., pág. 74, refiere esto mismo: «De lo que no podemos prescindir es del único hecho indiscutido en toda esta cuestión: las circunstancias modulan la responsabilidad criminal».

¹²⁶ De acuerdo a las reglas de los artículos 66 y 70 del Código penal.

¹²⁷ COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás Santiago, *Derecho Penal, Parte general*, Edit. Tirant lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 1996, pág. 793: «El delito existe, se den o no las circunstancias agravantes o atenuantes, que no guardan, por tanto, ninguna relación esencial con el mismo, puesto que únicamente afectan al quantum de la pena, e incluso a la calidad de la misma, o por mejor decir, de acuerdo con la terminología del Código español, modifican, en última instancia, la responsabilidad criminal. Se trata, pues, de algo accesorio o accidental, que únicamente repercute sobre la mayor o menor gravedad de la reacción punitiva, es decir, de simples circunstancias al fin y al cabo. Por consiguiente su existencia o inexistencia repercute en lo que es la consecuencia jurídica de la afirmación del delito, que no es otra sino la pena, y por tanto, a ella deben ser reconducidas, y en ellas deben ser estudiadas, en atención, fundamentalmente, a que la pena es un concepto eminentemente graduable [...]». CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 71: «De ahí que, a nuestro juicio, las circunstancias que dan lugar al asesinato, sólo puedan explicarse en base a que conllevan una mayor necesidad de tutela, y ésta, se traduce en una mayor necesidad de pena. Su explicación ha de buscarse, en consecuencia, al margen de las categorías centrales de la infracción, o sea, fuera del injusto y de la culpabilidad». QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal* (4ª edición), ob. cit., pág. 789: «Ante todo hay que rechazar la tesis de que las categorías clásicas de la teoría del delito necesariamente han de explicar todo el fenómeno delito-pena (concreta). [...] Así pues, la pretensión de que todas las circunstancias agravantes o atenuantes han de tener una explicación en la antijuricidad o en la culpabilidad debe ser abandonada, pues, amén de que el contenido de esos conceptos es discutido, puede suceder que la razón de una atenuación o de una agravación no se encuentre ni en la antijuricidad ni en la culpabilidad, sino en postulados político-criminales fundados en la función o finalidad que se le quiere dar a la reacción penal».

¹²⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, prólogo del prof. Dr. Tomás S. VIVES ANTÓN, Edit.: Universidad de Valencia, Valencia, 1988, advierte de que «el problema de las circunstancias, y en concreto de su fundamentación, no puede sino tratarse en íntima relación al destacado papel que las mismas desempeñan en orden a la determinación de la pena» (pág. 124). Advertencia que se puede interpretar, aun cuando también no, como un intento de búsqueda del fundamento de las circunstancias modificativas en el mayor o menor

cosas parece arrojarlos dentro de la espiral de un argumento cíclico. Que el fundamento de una mayor o menor pena¹²⁹ —circunstancias modificativas— consista en la necesidad de una mayor o menor pena o tutela no parece avanzar un paso en la respuesta a la cuestión del fundamento de las circunstancias. Más bien a partir de ahí la tarea consiste en tratar de explicar cuál es el fundamento de esa mayor o menor necesidad de pena o de tutela. En realidad cuando uno se refiere a las modificaciones de la pena está con ello solamente indicando los efectos de las circunstancias, pero todavía no dice nada acerca de su fundamento. Sin embargo, es cierto que estos efectos representan el único hecho pacífico en toda esta cuestión. Por eso, resulta bastante conveniente considerar a las circunstancias desde este único punto firme, es decir, por sus efectos, de manera que nuestra pregunta «¿cuál es el fundamento de una circunstancia?» quede reformulada en esta otra «¿cuál es el fundamento de una modificación de la pena?»¹³⁰.

En este punto es necesario hacer una pequeña aclaración antes de continuar. En el planteamiento seguido hasta el momento se está identificando “modificación de la responsabilidad penal” con “modificación de la pena”. No obstante, sería lícito defender que, en cierto sentido, en las circunstancias modificativas de la responsabilidad la pena no se ve por lo general modificada, porque en la mayoría de los casos lo que ocurre —según los artículos 66 y 70 del Código penal— es sólo que dentro del marco penal establecido legalmente se obliga al juez a imponer la pena bien en su mitad superior o

grado de penalidad. Que es así se evidencia si, a continuación, corroboramos que para el autor pese a que las circunstancias inciden en la mayor o menor gravedad del hecho, tal gravedad no se mide exclusivamente en consideración al injusto y a la culpabilidad sino atendiendo igualmente a la necesidad de tutela. Este es el caso de las circunstancias modificativas. Encuentran su fundamento en «la mayor o menor necesidad de tutela (a la que corresponde una mayor o menor necesidad de pena)» (pág. 149). Finalmente admite que «al cimentarlas [...] en la función de tutela que corresponde a la pena, se las instala definitivamente, a los efectos sistemáticos, en la teoría de la pena, donde precisamente desempeñan sus efectos modificadores que, a la postre, resultan ser los únicos lazos de unión entre todas ellas».

¹²⁹ Aunque más adelante se verá que esta expresión no resulta afortunada, utilizamos la expresión “una mayor o menor pena” en el sentido idéntico a una modulación de la responsabilidad de acuerdo a los artículos 66 y 70 del Código Penal. Por tanto, “una mayor o menor pena” no debe entenderse necesariamente como un cambio del marco penal, dado que no toda modulación de la responsabilidad debida a las circunstancias implica un nuevo marco de pena, sino una circunscripción más grave o atenuada del marco penal preexistente.

¹³⁰ Sin duda ésta es la postura defendida por el sector doctrinal mayoritario. Pero no porque defiendan que el fundamento de las circunstancias se halla en el ámbito de la teoría del delito. Sino porque no se conforman con acreditar que las circunstancias modifican la responsabilidad dentro del campo reservado a la teoría de la pena; se preguntan por su causa o fundamento. Efectivamente, las circunstancias modificativas repercuten en una modulación de la pena, pero este hecho no hace sino situar en sus exactos términos la pregunta por el fundamento. A continuación siempre se tratará de averiguar la razón o razones por las que se pueden provocar una agravación o atenuación de la pena, es decir, de encontrar el fundamento de las circunstancias modificativas.

bien en su mitad inferior. Creo que esto representa una buena razón para que las circunstancias modificativas no deban caracterizarse identificando a las agravantes con una mayor pena y a las atenuantes con una menor pena¹³¹, porque frecuentemente con las circunstancias la pena no se convierte en mayor o en menor sino que únicamente se establece en la mitad superior o inferior del marco penal abstracto fijado para el delito. En cambio, me parece adecuado sostener que en las circunstancias agravantes la pena se agrava (aunque no se haga mayor) y que en las circunstancias atenuantes la pena se atenúa (aunque no se haga menor), y ello porque en las agravantes se da lugar a un marco penal agravado (que limita la discrecionalidad del juez impidiéndole la imposición de la pena en su mitad inferior) y en las atenuantes a un marco penal atenuado (que limita de nuevo la discrecionalidad del juez impidiéndole imponer la pena en su mitad superior). Es en este sentido en el que se identifica “modificación de la responsabilidad” y “modificación de la pena”; las agravantes modifican la responsabilidad agravando el marco penal a imponer, mientras las atenuantes la modifican atenuando el marco penal.

Pues bien, replantear la pregunta sobre el fundamento de una circunstancia en estos términos de «¿cuál es el fundamento de una modificación de la pena?» facilita la respuesta, pues se está cerca de conocer el fundamento de una modificación de la pena, cuando ya se conoce el fundamento de la pena. Gracias al apartado anterior se ha establecido que la determinación de qué sea la pena tenía que fundamentarse necesariamente a partir de los fines de la pena, puesto que un mal o castigo sólo se denominaba y se imponía como pena cuando realizaba un fin legítimo de la pena. Si los fines de la pena constituyen, entonces, el fundamento de la imposición de la pena —que no puede entenderse como pena ni tampoco imponerse mientras sea una mera causación de un mal que no sirva a ningún fin legítimo—, también han de poder explicar la imposición de un agravamiento o atenuación de la penalidad —de modo que igualmente sólo sea posible imponer una modificación de la pena en tanto responda a finalidades legítimas de la pena—.

¹³¹ Por ejemplo, el juez podría decidir imponer aun en un hecho en que no concurrieran agravantes la pena máxima posible, porque está autorizado para moverse en toda la extensión del marco penal, y a la vez también podría en un hecho agravado decidir, aun moviéndose dentro siempre de la mitad superior del marco penal, no imponer la pena máxima. Siendo así, las circunstancias no significan necesariamente mayor pena o menor pena.

Trataré ahora de explicarlo con mayor detalle. Una pena se caracteriza como tal en tanto cumple fines legítimos de la pena, pero ¿qué significado tiene esto respecto a las modificaciones de la pena?, ¿quizá que una pena agravada realiza en mayor medida los fines de la pena, mientras inversamente una pena atenuada los realiza en grado menor? Ésta sería, sin embargo, una suposición equivocada, porque una pena agravada o atenuada no deja de ser pena. Y mientras sea pena no cumplirá más o menos sus fines, sino que si es pena, da igual que sea agravada o atenuada, los cumplirá, y si no es una pena no los cumplirá. Pero, entonces, ¿en qué sentido decimos que la pena está “agravada” o “atenuada”? Lo entenderemos si advertimos que lo que ocurre es que en ocasiones la pena para serlo, es decir, para cumplir con los fines que se le encomiendan, debe ser agravada, mientras en otras sólo lo consigue en la medida que sea atenuada. “Agravada y atenuada” se dice respecto a la cantidad de pena (cuánto es), pero no en relación con la cualidad (qué es)¹³².

De aquí se concluye que, aunque *cuantitativamente* diversas, una pena y una pena agravada o atenuada son *cualitativamente* iguales; penas. Y que, por tanto, el fundamento de las modificaciones de la pena resulta el mismo que encontráramos para la pena; realizar los fines de la pena. ¿Cómo lo logra la pena? Imponiendo una cantidad determinada de pena. ¿Y las modulaciones de la responsabilidad? Modificando ese *quantum* de pena preexistente para hacerlo más grave —circunstancias agravantes— o más atenuado —atenuantes—. Pero quizá esta respuesta sobre el fundamento de las circunstancias pueda completarse si atiende a la cuestión obvia que surge a continuación; ¿por qué para alcanzar los fines de la pena se necesita modificar la cantidad de pena? En otras palabras, ¿qué ocurre para que en ocasiones una cierta cuantía de pena no logre ya sus fines siendo preciso agravarla o atenuarla? O de modo más general; ¿por qué se requieren distintas cantidades de pena para, en cada caso, cumplir con los fines de la pena?, ¿por qué la pena para serlo en algunos casos debe ser

¹³² Para ilustrar lo arriba dicho se puede acudir a un ejemplo vulgar de nuestra cotidianidad; hablemos de tapones. Empecemos diciendo que lo hace tapón al tapón es servir para tapar. Pero entonces ¿es más tapón un tapón mayor que uno menor? No, pues ambos sirven para tapar, lo que varía es sólo el tamaño. A esto sin duda que se podría responder que, en cualquier caso, el tapón mayor sirve para tapar más. Y es cierto, pero no porque el tapón mayor sea, cualitativamente, más tapón, sino porque, precisamente, para ser tapón, para tapar el agujero —evidentemente mayor— que le corresponde necesita, cuantitativamente, ser mayor. Inversamente el tapón menor para ser tapón, para tapar un agujero menor, lo que requiere es, cuantitativamente, ser menor. Pero ni el tapón mayor sirve para tapar un agujero que le sea menor, ni el tapón menor para tapar uno que le es mayor. Ninguno es, cualitativamente, más tapón que el otro.

agravada y en otros, atenuada? La respuesta evidente consiste en que existen diversos delitos y dentro de un mismo delito circunstancias muy diversas. La pena por el hecho de serlo se encarga de efectuar los fines de la pena, pero lo hace no sin relación a nada, sino en vista de algo bien concreto; el delito. Por eso no siempre será posible establecer la misma cantidad de pena. Respecto de un delito particular cierta cantidad de pena será suficiente, sin embargo para realizar los fines de la pena frente a otro distinto se exigirá agravar su cuantía, mientras que para uno tercero diferente a los anteriores bastaba una cantidad atenuada. E igualmente dentro de un mismo delito, al que se le aparejaba una concreta cantidad de pena, la aparición de diferentes circunstancias reclamará con objeto de cumplir los fines de la pena la aplicación de cantidades de pena más graves en el caso de las agravantes o más leves para las atenuantes. En este punto resulta ilustrativo aportar un par de ejemplos. En primer lugar, sería absurdo pensar que la pena del homicidio por ser más grave que la prevista para el robo cumple en mayor medida los fines de la pena. Desde un punto de vista *cualitativo* la pena tanto del homicidio como del robo resultan idénticas, porque ambas, en tanto penas, realizan —o al menos debían realizar— fines de la pena. En cambio, *cuantitativamente* son distintas porque en el homicidio la pena logra cumplir —o al menos debería cumplir— sus fines gracias a ser más grave, mientras en el robo se cumplen empleando una menos grave. Igualmente absurdo sería pensar que en el delito agravado con la circunstancia de abuso de superioridad se cumplen con una mayor intensidad los fines de la pena por establecerse una cantidad de pena más grave a la prevista para el delito no agravado. Esté o no presente la circunstancia se hacen efectivos —o debería hacerse— los fines de la pena, pero ocurre que sumándose el abuso de superioridad los fines sólo se satisfacen —o deberían satisfacerse— agravando la cantidad de pena.

Lo anterior permite, en una primera aproximación, responder a la pregunta sobre el fundamento de las circunstancias modificativas. La modificación de la pena al ser una pena sólo que modificada se fundamenta, como toda pena, en llevar a efecto los fines atribuidos a la pena en referencia al delito, sólo que circunstanciado. Entender a las circunstancias de manera distinta conduce a la arbitrariedad de que las modulaciones de pena no respondan a la necesidad de hacer efectivo fin alguno de la pena, con lo que entonces habría que preguntarse ¿con qué finalidad entonces se imponen? Pero, concretando algo más nuestra respuesta, es posible a partir de este momento distinguir

entre los dos tipos principales de circunstancias. Para las agravantes el fundamento consiste, entonces, en volver a realizar los fines de la pena, cuando la pena anterior menos grave del tipo no circunstanciado ya no logra realizarlos por haberse incorporado al delito una circunstancia adicional. Por otra parte, el fundamento de las atenuantes consiste en cumplir de nuevo con los fines, cuando la pena anterior más grave del tipo no circunstanciado no consigue cumplir con ellos debido a la integración de una nueva circunstancia en el delito.

La respuesta a la pregunta sobre el fundamento de las circunstancias modificativas, sin embargo, es por ahora incompleta, pues debe todavía concretarse aplicándose a los dos fines de la pena —retribución y prevención— que se han considerado anteriormente legítimos¹³³.

i) La interpretación de las circunstancias modificativas desde la retribución

Conforme al fin de retribución los dos componentes de la norma penal —pena y delito— se relacionan entre sí en términos retributivos. Esto significa que la pena se entiende como retribución del delito. Si es así, ¿cómo conseguirá la pena retribuir el delito? Pues evidentemente presentándose en una cantidad tal que haga posible afirmar que efectivamente la pena retribuye la gravedad del delito. Ahora bien, esa cuantía de pena que retribuye debe corresponderse exactamente a la gravedad del delito. Si fuera mayor no lograría retribuir al delito, al menos en el exceso, y siendo menor tampoco, en su falta, conseguiría compensarlo. Entonces, en el caso particular del fin de retribución el fundamento de la pena se encuentra en imponerse en una cantidad adecuada a la gravedad del delito, pues únicamente así logrará cumplir con la finalidad de retribuir.

En segundo lugar, trataré ahora de las modificaciones de la responsabilidad desde el fin de retribución. Empezando por las circunstancias agravantes, desde este fin un aumento de la gravedad de la pena se debe fundamentar en retribuir el delito. Pero, ¿por qué para la retribución no alcanza la cantidad preexistente de pena? Sólo puede existir una razón; porque el delito que se quiere retribuir se ha hecho más grave, de modo que la cuantía que existía de pena, pagando de menos, no alcanza a retribuir. Un

¹³³ No obstante, independientemente de nuestra preferencia por ambas finalidades, la misma operación puede repetirse desde otra posición con cualquier otra finalidad, siempre bajo el entendido de que se tratará de un fin legítimo que la pena deba cumplir respecto del delito.

aumento de la gravedad de la pena —circunstancia agravante— tiene entonces su fundamento en lograr retribuir de nuevo cuando el delito se ha agravado. De esta forma, desde el fin de retribución la causa última de toda circunstancia agravante debe buscarse en el ámbito de la teoría del delito, esto es, en la mayor gravedad del delito. Si se atiende, a continuación, a las circunstancias atenuantes, una disminución de la pena se debe fundar desde este fin igualmente en retribuir. Sólo que en este caso la retribución requiere una cantidad menos grave de pena porque el delito también ha decrecido en su gravedad. Una disminución de la penalidad —circunstancia atenuante— se basa por lo tanto en conseguir de nuevo retribuir cuando el delito se convierte en menos grave. E igualmente desde el fin de retribución la causa última de toda circunstancia atenuante aparece en el terreno de la teoría del delito, es decir, en la menor gravedad del delito.

ii) La interpretación de las circunstancias modificativas desde la prevención

De acuerdo al segundo de nuestros fines ahora entre pena y delito media una relación de prevención. La pena se concibe conforme a esto como prevención frente al delito. Pero, ¿qué tendrá que ocurrir ahora para que la pena efectivamente prevenga el delito? A diferencia del caso de la retribución, no resulta necesario aparentemente que la cantidad de pena se corresponda con exactitud a la gravedad del delito. En un primer acercamiento, la razón estribaría en que aun cuando parece acertado que la graduación de la pena no puede encontrarse por debajo de la gravedad del delito, pues entonces difícilmente conseguiría prevenirlo¹³⁴, cabe imaginar una pena que se presente en una cantidad mayor a la que corresponde a la gravedad del delito, y no obstante, e incluso en mayor medida, lo prevenga.

Pero este acercamiento, sin embargo, se mueve todavía en un entendimiento precientífico de la prevención. Un consideración teóricamente más elaborada de la prevención corroborará en efecto que respecto a este fin la cantidad de pena no necesariamente ha de ajustarse a la gravedad del delito, pero el motivo radicará justamente en el fenómeno contrario; para prevenir no cabe imponer una grado de pena

¹³⁴ Toda imposición de pena en una cuantía por debajo de la gravedad del delito no previene, al menos en esa cuantía. Si el grado de pena ajustado a la gravedad consigue pagar el delito, una cantidad menor no alcanzará a compensarlo; existirá cierta gratuidad. Pero si se paga por el delito menos de lo que se debe, este hecho no desincentivará la comisión de delitos más bien la potenciará. Al menos, si se permite un ejemplo mercantil, cuando compramos un producto, por ejemplo un televisor, pagar por él un precio menor al que le corresponde no enfría nuestros ánimos por la adquisición más bien los acrecienta.

superior a la gravedad del delito, pero sí en cambio inferior. Para explicarlo se necesita entender la prevención como un fin de la pena no reductible a una univocidad de sentido, sino dotado de una pluralidad de significados que, en absoluto, equivale a equivocidad¹³⁵.

La primera afirmación era que el grado de pena necesario para una prevención efectiva no tenía que ser inferior a la gravedad del delito. Sin embargo esta limitación queda salvada si no se atiende en particular a la prevención del delito frente a la colectividad (prevención *general*), sino a la prevención frente a un individuo concreto (prevención *especial*). Siendo así, cuando se trata de prevenir el delito *especialmente* frente al individuo, se suele admitir la posibilidad de que se imponga una pena inferior a la correspondiente para la gravedad del delito, si bien, como arriba se afirmó, el problema aquí estribará en cómo hacer compatible este objetivo deseable con otras finalidades preventivas —las *generales*— a las que no se renuncia, cuyo eficaz funcionamiento depende de una lógica proporcional o retributiva.

La segunda afirmación consistía en la siguiente; una pena aun mayor a la que correspondería a la gravedad del delito puede no obstante prevenirlo. Pero lo cierto es que entre los autores a favor de la prevención resulta difícil, seguramente casi imposible, encontrar a algún defensor de que el grado de la pena pueda superar la gravedad del delito. Que no lo hagan parece natural, en cuanto que pretenden evitar el riesgo al que necesariamente aboca recalar en tales posicionamientos. Este riesgo consiste en caer en la indistinción de un terror penal que, con vistas tan sólo al objetivo último de la maximización de la prevención, castiga cualquier delito con penas desproporcionadas a su gravedad. Frente a este riesgo, quienes defienden el fin de prevención admiten la necesidad de establecer un límite superior a las finalidades preventivas en el principio garantista de la proporcionalidad, que aun cuando pudiera permitir la imposición de una pena por debajo de la gravedad del delito de acuerdo a exigencias preventivo-especiales, no haga posible penas que superen la gravedad del delito. Pues, como se argumenta, el principio de proporcionalidad o bien es un principio

¹³⁵ Siempre se trata de prevenir. Aquí se distinguirá únicamente entre prevención general y prevención especial. No obstante, cabría diferenciar, a su vez, dentro de la prevención general entre positiva y negativa. Y también señalar cómo operan los diversos tipos de prevención en los distintos momentos en la vida de la pena. Sin embargo, en este trabajo sólo será necesario hacer referencia parcialmente a estos otros sentido de prevención.

del Estado social y democrático de Derecho¹³⁶ que debe limitar al Derecho penal e igualmente al fin de prevención, o bien este principio resulta una exigencia para un prevención realmente eficaz¹³⁷, que perdería en otro caso su potencialidad respecto de los delitos más graves, precisamente los que más se desea evitar, si su pena fuera indiscriminadamente aplicada para los delitos menos graves. En definitiva, que los partidarios de la prevención no parezcan dispuestos a renunciar a la proporcionalidad entre pena y delito, al menos como límite superior que la gravedad del delito impone para la pena, nos permite llegar a la conclusión de que para prevenir no cabe establecer una pena superior a la gravedad del delito.

Siendo ésta la situación que desde el fin de prevención se da respecto a la pena, se trata de pensar, en segundo lugar, qué ocurre con las modulaciones de la responsabilidad. De acuerdo al fin de prevención una agravación de pena debe encontrar su fundamento en motivos preventivos. Pero, ¿por qué no basta para prevenir la cuantía de pena preexistente y se requiere agravarla? En principio la agravación de la pena podría obedecer a dos causas: o bien prevenir (*generalmente*) un aumento de la gravedad del delito, que la pena anterior menos grave se ha vuelto incapaz de prevenir (*generalmente*) por ser su cuantía inferior a la nueva gravedad, o bien —segunda causa— que la agravación de la pena se deba a cuestiones preventivas al margen de una mayor gravedad del delito, como sería el caso de la circunstancia de reincidencia del art. 22.8 del Código penal. La primera causa es aceptable desde el punto de vista de la prevención *general*; para prevenir si bien no *especialmente*, sí frente a la colectividad la pena no ha de ser de inferior cuantía a la correspondiente a la gravedad del delito pues en otro caso difícilmente apartaría a los demás del delito. Prevenir *generalmente*, por tanto, exigirá que si se incrementa el delito en su gravedad se aumente la cantidad de

¹³⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, págs. 82 y s., «[...] exigir que la prevención general no sólo se intente por el miedo a la pena, sino también por una razonable afirmación del Derecho en un Estado social y democrático de Derecho, supondrá tener que limitar la prevención general por una serie de principios que deben restringir el Derecho penal en aquel modelo de Estado. Entre tales principios cuenta la exigencia de proporcionalidad entre delito y pena. Admitirlo permitirá evitar las graves objeciones que se han dirigido a una prevención general ilimitada». En sentido similar, pero sin aludir de manera explícita a la noción de Estado social y democrático de Derecho, MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 50: «La idea de retribución traza los límites de la intervención punitiva del Estado. El límite mínimo, porque sólo puede aplicarse [...] cuando se haya cometido un hecho delictivo completo en todos sus elementos. El límite máximo, porque obliga a no sobrepasar la gravedad de la pena que tiene asignada en la ley el hecho que dio lugar a su aplicación».

¹³⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?», en *Estudios de Derecho penal*, ob. cit., págs. 119 y s.

pena. En cuanto a la segunda causa debería quedar descartada conforme al principio de proporcionalidad; si no se quiere vulnerar este principio, exigido por el Estado de Derecho y la propia eficacia de la prevención, no debería incrementarse la pena por encima de la gravedad del delito. En conclusión, desde el fin de la prevención un aumento de la gravedad de la pena —circunstancia agravante— sólo puede fundamentarse, si no se quiere atentar contra el principio de proporcionalidad, en lograr volver a prevenir (*generalmente*) un delito que ha devenido más grave. De ahí que desde este fin, al igual que ocurría con el de retribución, la causa última de toda circunstancia agravante se encuentre en el terreno de la teoría del delito, es decir, en la mayor gravedad del delito¹³⁸. Evidentemente la objeción a este planteamiento está en la antes mencionada circunstancia de reincidencia. Conforme a esta circunstancia se agrava la pena no en atención a la gravedad del delito, sino a causa de la comisión de otros delitos anteriores. Este hecho, sin embargo, no impugna el razonamiento anterior, sino que fuerza más bien a escoger en una disyuntiva. O bien se reconoce que, a pesar de su regulación positiva en el Código penal, la reincidencia no encuentra fundamento en una prevención limitada por principio de proporcionalidad, lo que aconseja recomendar *de lege ferenda* su exclusión del conjunto de agravantes. O bien abandonamos —algo a lo que se parece estar dispuesto— el principio de proporcionalidad, por considerar incapaz de asegurar todas nuestras expectativas de prevención, con riesgo eso sí de asumir modelos preventivos ilimitados más cercanos al terror penal que al Estado de Derecho, modelos que en el fondo ponen en riesgo la eficacia de una prevención proporcionada.

En segundo lugar, desde el fin de prevención también una atenuación de pena debe tener su fundamento en razones preventivas. Y la pregunta para las atenuantes sigue siendo análoga; ¿por qué para prevenir la cuantía de pena existente se muestra excesiva y se necesita atenuarla? Se podrían encontrar dos posibles causas de la atenuación de la pena: o bien ha disminuido la gravedad del delito, o bien son razones extrínsecas a la propia gravedad del delito. La primera causa de acuerdo a nuestro

¹³⁸ ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, ob. cit., pág. 438, en contra: «Pero lo que caracteriza la circunstancia en sentido técnico es el hecho de que ella determina por regla general una mayor o menor gravedad del delito y en todo caso una modificación (agravación o atenuación) de la pena [*Ma ciò che caratterizza la circostanza in senso tecnico è il fatto che essa determina di regola una maggiore o minore gravità del reato e in ogni caso una modificazione (aggravamento o attenuazione) della pena*]».

planteamiento resulta admisible; si el delito se hace menos grave será necesario que la gravedad de pena disminuya, pues se vulneraría el principio de proporcionalidad y con ello la eficacia preventiva en caso de mantener la misma cuantía de pena para un delito de menor gravedad. En cambio la segunda posible causa de la atenuación de pena resulta rechazable. Se trataría del caso en que la gravedad del delito se mantiene invariable, pero en el que existen otras razones para atenuar basadas en la prevención especial, es decir, en el deseo de evitar la reincidencia del concreto delincuente, aun cuando la gravedad del delito cometido por él siga siendo la misma. Evidentemente, como dije al referirme a los fines de la pena, es deseable otorgar a las finalidades preventivo-especiales un cierto papel, pero la dificultad estriba en cómo hacerlas jugar dicho papel sin poner en riesgo los fines preventivos-generales que están necesitados de proporcionalidad para ser auténticamente eficaces¹³⁹. Para que esta compatibilidad sea posible es necesario diferenciar los diferentes momentos en que opera la pena. De esta manera, como han señalado ROXIN y MIR PUIG, la prevención especial no despliega sus efectos en la conminación legal, sino únicamente en las fases de aplicación judicial y sobre todo en la de ejecución de la pena¹⁴⁰. Esto significa que la prevención especial

¹³⁹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pág. 88: «Tal vez pudiera aventurarse que la dirección tradicional tiende a destacar la *prevención general*, por cuanto hasta cierto punto constituye un efecto inherente a la retribución, mientras que ambas cosas, la prevención general y la retribución, pueden chocar en mayor medida con las exigencias de prevención especial». Estas dificultades para compatibilizar prevención general y especial son también señaladas entre otros por, como se indicó más arriba, CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, ob. cit., pág. 69, e igualmente por QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal* (4ª edición), ob. cit., pág. 111: «No siempre los designios de la prevención general son compatibles con los de la prevención especial [...]».

¹⁴⁰ ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen · Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Edit.: C. H. Beck, 4ª edición, Múnich, 2006, pág. 87: «El significado de la prevención general y especial se acentúa también de manera diferente en el proceso de la realización del Derecho penal. La finalidad de la amenaza penal es en primer lugar puramente preventivo-general. Durante la imposición de la pena en el juicio en cambio las necesidades preventivas generales y especiales deben ser consideradas en igual medida según lo expuesto en nm. 38-41. En la ejecución de la pena finalmente la prevención especial pasa completamente a primer plano, como también hace el § 2 StVollzG cuando nombra como objetivo de la ejecución solamente la (re)socialización [*Die Bedeutung von General- und Spezialprävention ist auch im Prozess der Strafrechtsdurchsetzung unterschiedlich akzentuiert. Der Zweck der Strafdrohung ist zunächst rein generalpräventiv. Bei der Strafverhängung im Urteil dagegen sind spezial- und generalpräventive Bedürfnisse nach Maßgabe des in Rn. 38-41 Dargelegten gleichermaßen zu berücksichtigen. Im Strafvollzug schließlich tritt die Spezialprävention ganz in den Vordergrund, wie denn auch § 2 StVollzG als ‚Vollzugsziel‘ allein die (Re-)Sozialisierung nennt*]». MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., págs. 98 y s.: «El planteamiento de Roxin más arriba expuesto resulta válido, con ciertos matices, para dar respuesta a esta cuestión. En el momento de la conminación legal no puede buscarse la prevención especial frente al delincuente que todavía no puede existir; luego, procederá entonces la función de *prevención general*. [...] Sin embargo en la fase judicial puede intervenir la prevención especial, junto a la idea de proporcionalidad [...] Por último, en la fase de ejecución de la pena, la Ley General Penitenciaria, confirmando la Constitución, impone expresamente la función de *prevención especial*, como *resocialización*, a las penas privativas de libertad». Algunos autores

sólo puede operar a partir del momento en que el juez tiene discrecionalidad para determinar la pena dentro del marco penal legalmente establecido¹⁴¹. Pero las circunstancias no pertenecen a este momento sino al anterior de la conminación legal, porque su aplicación no depende de la discrecionalidad del juez, sino al contrario la restringen dando lugar a un nuevo marco penal —agravado o atenuado— que impide al juez imponer la pena en su mitad inferior —agravantes— o en su mitad superior —atenuantes—. Si las circunstancias, por tanto, pertenecen a la fase de conminación —donde se establece legalmente el marco penal (agravado o atenuado)— y no a la de aplicación judicial —donde el juez puede moverse con discrecionalidad dentro del marco penal (agravado o atenuado) legalmente establecido—, entonces no puede aceptarse que en el caso de las circunstancias atenuantes sean razones preventivo-*especiales* las que aminoren la pena sin que la gravedad del delito se haya modificado, poniendo en riesgo la eficacia de la prevención (*general*) que debe llevarse a cabo en esta fase de conminación, porque dichas razones sólo podrán entrar en juego a partir de la fase de determinación judicial. De ahí que, en el fondo, una atenuación de pena —circunstancia atenuante— sólo pueda fundamentarse en prevenir proporcionada o eficazmente una menor gravedad del delito (y no en razones de prevención *especial*). Para el fin de prevención, entonces, la causa última de las circunstancias atenuantes tiene que encontrarse también en la teoría del delito.

1.2.d) La interpretación de la alevosía a partir de los fines de la pena

Con el objetivo de situar la cuestión en el ámbito específico de la circunstancia de alevosía, conviene una breve recapitulación del fundamento general de las circunstancias. El resultado de una interpretación de las circunstancias modificativas desde los fines de retribución y de prevención queda resumido como sigue. Con relación a las circunstancias atenuantes su fundamento debe consistir en retribuir o prevenir (proporcionada o eficazmente) un delito que se ha convertido en menos grave. En cambio, dado que la circunstancia de alevosía es una agravante, presenta mucho mayor

que la prevención especial debe reservarse exclusivamente para la ejecución de la pena como ya se dijo en relación con PAWLIK, Michael, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, ob. cit., págs. 94 y s.

¹⁴¹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pág. 99: «Pero en la determinación de la pena la idea de prevención especial sólo puede ser tenida en cuenta por el Juez dentro del marco, estrecho, que permiten los márgenes penales fijados por la ley a cada delito y según las circunstancias modificativas concurrentes, previstas como de obligada apreciación y con efectos tasados».

interés para este trabajo el fundamento general de las circunstancias agravantes. Pues bien, el fundamento de las agravantes debe radicar en retribuir o prevenir (proporcionada o eficazmente) un delito que se ha convertido en más grave¹⁴².

En la medida en que la circunstancia de alevosía forma parte del conjunto de agravantes, también deberá compartir el fundamento genérico que pertenece a todas. De ahí que la indagación acerca de la fundamentación de la alevosía deba continuarse en el ámbito de la mayor gravedad del delito. Esto significa que para que la alevosía esté fundamentada en los fines de retribución o de prevención se deberá localizar dentro la descripción de la circunstancia del artículo 22.1 del Código penal razones de una mayor gravedad del delito. Si esto no fuera posible, entonces la circunstancia carecerá de fundamento desde la perspectiva de ambos fines; sin una mayor gravedad del delito no existirá justificación alguna para aumentar la pena ni desde el punto de vista de la retribución, porque todo aumento de pena supone que se está retribuyendo una mayor gravedad del delito, ni tampoco desde una consideración preventiva proporcionada y eficaz, porque aquí también no vulnerar el principio de proporcionalidad ni contrarrestar la eficacia de la prevención exige que todo aumento de pena se acompañe necesariamente de una mayor gravedad del delito.

No obstante la argumentación anterior sirve *en principio* cuando se toma a la figura de la alevosía bajo la consideración de circunstancia agravante. Sin embargo, en el capítulo 3 se comprobará que la aplicación de la alevosía como agravante presenta un ámbito extremadamente reducido. Lo habitual, en cambio, es que despliegue su eficacia como una circunstancia cualificante del delito de asesinato del artículo 139 del Código penal, y en menor medida de las lesiones cualificadas del artículo 148.2. En estos casos la agravación de la responsabilidad, a diferencia de cuando la alevosía funciona como agravante, no consiste en la restricción en la mitad superior del marco penal fijado para el delito básico, sino en el establecimiento de un marco penal nuevo para el delito cualificado de asesinato o lesiones. Ahora bien, no existe ninguna dificultad para extender la argumentación anterior también a estos casos; si la causa para imponer la

¹⁴² Hablamos de “debe ser”, porque como dijimos arriba esto no “es” así para la circunstancia agravante de reincidencia. Sin abundar en la cuestión, la existencia de la circunstancia de reincidencia no demuestra la falta de valor de un planteamiento basado en una prevención proporcionada, sino más bien la imposibilidad de fundamentar esta circunstancia en una potestad penal limitada por la gravedad del delito, a la que pocos parecen por otra parte dispuestos a renunciar.

pena, cuando la alevosía era una agravante, en su mitad superior se encontraba, desde la perspectiva de los fines de la pena, en una agravación del delito, lo mismo deberá ocurrir con mayor razón con una agravación de la responsabilidad más acusada que consiste ahora, cuando la alevosía es una circunstancia cualificante, en una imposición de un marco penal superior. De esta forma una fundamentación retributiva o preventiva de la figura de la alevosía, se la entienda como circunstancia agravante o como circunstancia cualificante del asesinato o las lesiones, exigirá siempre la existencia de un delito más grave.

1.3 La mayor gravedad del delito como fundamento retributivo/preventivo de la alevosía

1.3.a) Planteamiento

Con arreglo a la argumentación expuesta, la posibilidad de establecer una fundamentación retributiva o preventiva de la alevosía dependerá en adelante de que sea posible descubrir en la descripción de la circunstancia razones de una mayor gravedad del delito. En realidad, aunque para algunos autores¹⁴³ las circunstancias modificativas se enmarcan exclusivamente dentro de la teoría de la pena, en oposición a esta postura el mayor sector doctrinal conecta las circunstancias modificativas con la teoría jurídica del delito. Por eso, en nuestra doctrina no ha sido extraño que una larga serie de autores hayan venido vinculado la circunstancia de la alevosía a la presencia en el delito de un mayor grado de gravedad, si bien luego las respuestas particulares ofrecidas por cada uno de ellos se han distanciado tanto en sus posiciones, como distancia pueda existir entre los distintos elementos de la teoría jurídica del delito sobre los que podía recaer esa mayor gravedad. En términos generales¹⁴⁴, están quienes han defendido que la mayor gravedad del delito debida a la concurrencia de la alevosía se localizaba en el

¹⁴³ COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás Santiago, *Derecho Penal. Parte general* (4ª edición), ob. cit., pág. 793. CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 71. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal* (4ª edición), ob. cit., pág. 789. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, ob. cit., pág. 124.

¹⁴⁴ Pues hay también quienes han defendido un fundamento mixto basado en la antijuricidad y la culpabilidad. PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en Miguel BAJO FERNÁNDEZ (dir.), Manuel CANCIO MELIÁ y OTROS (autores), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial), Volumen I*, Edit.: Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pág. 182: «[...] el precio la recompensa o la promesa es un *puro elemento de culpabilidad* y la alevosía y el ensañamiento son, en cambio, *circunstancias mixtas* que afectan al contenido de injusto del hecho y a la culpabilidad del agente».

ámbito de la antijuricidad¹⁴⁵, mientras otros en cambio han creído que se conectaba con la categoría de la culpabilidad¹⁴⁶.

Sin embargo es necesario observar que, dependiendo del concepto de culpabilidad de partida, no siempre será posible sostener sobre la base de la culpabilidad una mayor gravedad del delito. De hecho la postura mayoritaria rechaza la posibilidad

¹⁴⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, ob. cit., pág. 634, incluye la alevosía entre las circunstancias que «aumentan el injusto penal porque suponen (ex ante) un mayor peligro para el bien jurídico». MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., pág. 480: «[...] la circunstancia de alevosía (art. 22,1ª), consistente básicamente en la utilización de formas de ejecución que anulen las posibilidades de defensa de la víctima, supone una mayor gravedad del hecho o del injusto en tanto en cuanto se desvalora más la lesión de bienes jurídicos indefensos [...]». CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, Edit.: B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2008, pág. 674: «La mayor parte de las circunstancias agravantes del artículo 22 suponen una mayor gravedad de lo injusto, concretamente por ser mayor el desvalor de la acción. Este es el caso de las circunstancias de alevosía, abuso de superioridad, aprovechamiento de las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa o faciliten la impunidad, disfraz, abuso de confianza y prevalerse del carácter público». GÓMEZ RIVERO, Carmen, «Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal», en *Revista de Derecho y Proceso penal (RDPP)*, Núm. 4, 2000, pág. 37: «el especial desvalor de la conducta consiste, en definitiva, en que el agresor maquina un plan que le sitúa en una posición de clara preeminencia frente a su víctima. Es por ello, por rodearse de condiciones que le garantizan el éxito, por lo que se hace merecedor de un reproche sobreañadido que justifica la exasperación de la pena. Ese reproche toma por base dos consideraciones de lectura convergente. La primera pone el acento en aspectos valorativos en torno a la mayor desaprobación que despierta su maniobra: porque ni al más burdo sentido común escapa la especial censura que merece la conducta de quien diseña el plan delictivo atrayendo hacia sí todas las condiciones favorables, de tal forma que a la víctima apenas si le queda margen para oponer resistencia; la segunda, ahora desde un análisis estrictamente objetivo, subraya el incremento de peligrosidad ínsito a esta forma ejecutiva, algo que determina el aumento de su contenido de injusto». MORALES PRATS, Fermín, en GÓNZALO QUINTERO OLIVARES (dir.), Fermín MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Edit.: Aranzadi, 9ª edición, Pamplona, 2011, pág. 56, pág. 39: «[...] estimo oportuno que el fundamento de esta circunstancia [la alevosía] reside en el plano de lo injusto y, en particular, en el mayor desvalor de acción [...]». ARIAS EIBE, Manuel José, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, Núm. 7, 2005, pág. 13: «La alevosía representa una mayor gravedad de lo injusto por añadir al desvalor de resultado propio del delito un especial e intenso desvalor de la acción [...]».

¹⁴⁶ DEL ROSAL FERNÁNDEZ, Juan, «Sobre la alevosía, atenuante de miedo insuperable y premeditación en el asesinato», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo 1, Núm. 3, 1948, pág. 534: «Por tanto se comete el homicidio de manera insidiosa, alevemente. Y tanto los cuerpos legales antiguos como los modernos agravaron esta forma de homicidio, porque indiscutiblemente revela una más grave culpabilidad en quien lo perpetró. Es, pues, una circunstancia cualificativa, cuya razón de agravación radica pura y exclusivamente en la esfera psíquica del agente». CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «¿Parricidio alevoso o asesinato de parientes? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986)», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Tomo 39, Núm. 3, 1986, pág. 995: «[...] la alevosía se fundamenta por el mayor reproche que supone la elección de un medio, modo o forma que tienda a asegurar el resultado y producirla indefensión de la víctima». CAMARGO HERNÁNDEZ, Cesar, *La alevosía*, ob. cit., pág. 41: «Para nosotros, la única razón de ser de esta circunstancia es tener en cuenta —en el momento de la imposición de la pena— la mayor culpabilidad del autor del hecho; y esto por dos motivos: en primer lugar, porque si bien el hecho en que concurre esta circunstancia puede revestir una mayor gravedad objetiva, esta gravedad no es más que uno de los elementos en virtud de los cuales se nos muestra al exterior la mayor culpabilidad del agente». FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín,

de que el delito se vea agravado en función de la culpabilidad¹⁴⁷. La razón se debe a que entienden que la culpabilidad del autor no añade ningún desvalor adicional al delito, sino que con el juicio de culpabilidad sólo se trata de establecer si resulta posible imputar o atribuir personalmente al autor el desvalor del hecho antijurídico existente¹⁴⁸. Entendida de esta manera, la culpabilidad del autor sólo podría mantener, disminuir o excluir la gravedad del delito, pero nunca aumentarla. Sin embargo, cabe sostener otro concepto de culpabilidad, desde el cual se considere que en sede culpabilidad sí se

Homicidio y asesinato, Edit.: Montecorvo, Madrid, 1964, pág. 158: «Ha sido discutida la naturaleza objetiva o subjetiva de la alevosía. La mayor parte de los autores se pronuncian por el carácter subjetivo. Nosotros creemos, siguiendo a Ferrer Sama, que tiene carácter subjetivo [...] Esto nos lleva a considerar que la mayor culpabilidad del delincuente deriva del carácter subjetivo del cual nosotros hemos partido». CASTELLÓ NICÁS, Nuria, «El asesinato y sus circunstancias», en *Cuadernos de política criminal (CPC)*, Núm. 64, 1998, págs. 12 y s.: «Así, y aunque se es partidario del doble aspecto, objetivo —la alevosía se manifiesta claramente al exterior por la utilización de unos medios, modos o formas que tiendan a asegurar la ejecución del delito— y subjetivo —intención de evitar la defensa de la víctima y asegurar la ejecución—, no se deriva del reconocimiento de su vertiente objetiva un plus de antijuricidad, sino sólo de un plus de culpabilidad, pues el empleo de esos medios que conforman la vertiente objetiva de la alevosía, suponen una forma de comisión especialmente reprochable desde el punto de vista jurídico, pero no implican un incremento del injusto de la conducta». PUIG PEÑA, Federico, «Alevosía», ob. cit., pág. 559: «[...] [La alevosía] revela siempre la máxima perfidia, como se dice en otra sentencia, lo que justifica una especial agravación por razón de una mayor culpabilidad. Esta perfidia se manifiesta, sobre todo, en el ataque a la víctima totalmente indefensa [...]».

¹⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Núm. 2, 2007, pág. 9: «En efecto, en la teoría del delito es dominante la tesis que entiende que el juicio de culpabilidad —como culpabilidad por el hecho antijurídico— no puede incrementar el merecimiento de pena ya alcanzado con la realización del hecho, sino, en su caso, excluirlo o disminuirlo».

¹⁴⁸ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pág. 536 nota 1 al pie: «[...] la imputación personal no añade al injusto penal ningún objeto específico de desvalor que contribuya a fundar la pena, como, sin embargo, pretende la teoría de la ‘actitud interna’» y pág. 632: «Aquí partimos de que ésta [la imputación personal o culpabilidad] no se refiere a la parte subjetiva del hecho, ni tampoco a la actitud interna del sujeto, sino sólo a los elementos que condicionan la atribuibilidad del injusto penal a su autor. Lo único que se pregunta al comprobar la imputación personal es, según esto, si las condiciones en que tuvo lugar la motivación del autor son normales y permiten atribuirle plenamente el injusto penal, o si son plena o parcialmente anormales, y entonces no puede atribuírsele en absoluto o sólo parcialmente. Así entendida, como condición de atribución del injusto penal, la imputación personal puede no ser posible en absoluto e impedir la atribución, o no ser plenamente posible y permitir sólo una atribución parcial. No puede en cambio, crear un nuevo desvalor que no provenga ya del injusto penal, porque no puede más que atribuir el injusto penal que concurra. Toda la fundamentación de la gravedad del hecho corresponde al injusto penal, la imputación personal sólo condiciona la atribución total o parcial de dicha gravedad. O impide por completo la atribución o funciona como un filtro que sólo deja pasar (atribuir) una parte del desvalor del injusto penal». Igualmente GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «El sistema del Derecho penal en la actualidad», en *Estudios de Derecho penal*, ob. cit., pág. 148, en nota al pie 44: «El contenido del injusto determina también las diferencias de penalidad. Es una vez fijado por el contenido de lo injusto el grado abstracto de pena cuando entran en función las consideraciones de ‘culpabilidad’ para determinar, de nuevo, diferencias de penalidad y si se debe responder y en qué medida por el hecho injusto cometido. [...] En sentido parecido al que aquí se mantiene, HORN: *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie*, Berlín, 1969, pág. 139, nota 104: ‘También la frase usual de que se es ‘culpable de algo’ ha llevado al malentendido de que no sólo sobre el hecho, sino también sobre el autor recae ya —con la potencialidad de la conciencia de lo injusto— un juicio de valor. Tal vez sea más ventajoso emplear la frase, más incolora, de ‘ser culpable en referencia a algo’. Con ello quedaría más claro que la base de la pena es sólo la acción antijurídica y no la acción antijurídico-

produce una valoración negativa acerca del autor, en tanto, se le reprocha su actitud interna¹⁴⁹. Si se sigue este concepto de culpabilidad, en cambio, sí es posible afirmar que la gravedad del delito pueda verse aumentada en función de que el reproche dirigido al autor sea mayor.

Pues bien ambas posturas sobre la culpabilidad ofrecen una buena oportunidad de ofrecer una presentación de las dos principales soluciones defendidas a la hora de justificar la mayor gravedad de la comisión alevosa. Quienes han partido de un concepto de culpabilidad como atribución del injusto, no pudiendo justificar la mayor gravedad en la actitud personal del autor, han debido acudir al ámbito del *riesgo para el bien jurídico* para justificar la alevosía. En cambio, quienes han interpretado la culpabilidad como reproche han podido proponer una solución diversa; la de recurrir a la esfera de la *actitud interna del autor*. Estas dos posibles soluciones pueden seguramente encontrar antecedentes en buena parte de nuestra legislación histórica¹⁵⁰, según la cual la alevosía se definió tradicionalmente bien como obrar sobre seguro o bien como obrar a traición. Por una parte, la idea de obrar a traición parece tener que ver no tanto con el riesgo de lesión, como con un reproche especial dirigido a la actitud (traidora) del autor. Por otra, el obrar sobre seguro parece guardar relación no con la actitud del autor, sino con un aseguramiento del resultado que pone en mayor riesgo el bien jurídico. Pero ambas

culpable. El reproche lo pronuncia el ‘legislador a causa del hecho antijurídico de una persona capaz de observar el deber’ ((KAUFMANN), *Normentheorie*, pág. 200). La culpabilidad es sólo un presupuesto de la pena por el hecho antijurídico. El autor no es castigado por su *culpable* acción injusta, sino por su *acción injusta* dentro del marco de su culpabilidad.—Todo ello no lo modifica en nada la necesidad de una *gradación* de la culpabilidad. Hablando con imágenes, el ‘quantum’ de culpabilidad no tiene un peso *propio* en la evaluación de la medida de la pena; no se añade nada nuevo que no estuviese ya ahí procedente de lo injusto. La culpabilidad es sólo un cedazo por el que tiene que pasar, en su camino a la medida de culpabilidad, el ‘quantum’ —único relevante— de lo injusto. Con un ‘quantum’ de culpabilidad sólo se determina el, por así decirlo, espesor de malla de cedazo. Con ‘escasa culpabilidad’ queda retenido ‘mucho injusto’, la medida de la pena resulta relativamente pequeña; con ‘plena culpabilidad’ queda adeudado en cuenta, al determinar la pena, todo lo injusto realizado». CUERDA RIEZU, Antonio, «¿Acaso no persigue ningún fin el Derecho penal cuando los jueces no imponen pena ni medida de seguridad?», ob. cit., pág. 182: «Por otro lado, la culpabilidad no añade desvalor al injusto, no tiene un contenido positivo que sirva para determinar el alcance la pena, sino que opera como un filtro para excluir o en su caso reducir la pena, lo que tendrá lugar en los casos en que concurra una causa de inimputabilidad o de exculpación, completa o incompleta (invencible o vencible en el supuesto de error de prohibición). En relación con distintos hechos ilícitos, un delincuente no es *más* culpable que otro, sino que simplemente será culpable a secas; por el contrario, con respecto a un mismo hecho ilícito sí es posible que un sujeto sea *menos* culpable que otro o que no sea culpable en absoluto [en nota al pie número 67 después de “absoluto”: por la misma razón, no creo que las circunstancias agravantes puedan suponer un incremento de la culpabilidad por un hecho injusto]».

¹⁴⁹ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pág. 536 nota 1 a pie y SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», ob. cit., pág. 9.

¹⁵⁰ CAMARGO HERNÁNDEZ, César, *La alevosía*, ob. cit., pág. 22.

posibilidades de solución no sólo se encuentran en nuestra doctrina y legislación histórica, sino que igualmente aparecen en la doctrina alemana. Dentro de ésta se ha vivido durante largo tiempo esta misma divergencia de posturas¹⁵¹ a la hora de encontrar una justificación para la cualificación del homicidio ordinario [*Totschlag*: § 212 StGB] en un asesinato alevoso [*Mord aus Heimtücke*: § 211 StGB]. La polémica ha resultado en Alemania de enorme trascendencia, seguramente mayor que en nuestro país, pues en su legislación, además de no definirse en el Código penal la alevosía [*Heimtücke*], el paso a la cualificación por asesinato (alevoso, pero también otras formas recogidas en el § 211 StGB) supone que se castigue al autor con la pena de prisión perpetua¹⁵². Las dos soluciones enfrentadas se han manifestado en términos parecidos a los anteriormente vistos; mientras un sector de la doctrina alemana ha atribuido la mayor gravedad del asesinato alevoso a la actitud especialmente reprochable del autor que quebranta la confianza de la víctima [*Vertrauenslösung*: solución de la confianza], otro sector la ha hecho radicar en la especial peligrosidad del modo de ejecución alevoso [*Gefährlichkeitslösung*: solución de la peligrosidad].

Junto a estas dos soluciones tradicionales quiero además presentar una tercera postura que ha surgido en tiempos más recientes ofreciendo una nueva alternativa al debate. Consiste en un planteamiento que en lugar de acudir a la idea de riesgo para el bien jurídico o al reproche dirigido al autor recurre a una argumentación victimo-dogmática basada en la falta de corresponsabilidad de la víctima.

¹⁵¹ JAKOBS, Günther, «Anmerkung zum BGH-Urteil vom 4.7.1984 – 3StR 199/84 (LG Mannheim)», en *Juristenzeitung* (JZ), 1984, Tomo 39, pág. 996. La oposición de ambas soluciones queda expuesta en el comentario del autor a una sentencia del Tribunal Federal alemán citada en el título del artículo que se ocupaba de un caso de alevosía.

¹⁵² JESCHECK, Hans-Heinrich, «Anmerkung zum BGH-Beschluß vom 22.9.1956 – GSSt 1/56», ob, cit., pág. 386, sitúa el comienzo de la discusión acerca de la interpretación del § 211 a partir ya de 1945: «La interpretación del § 211 del StGB sólo después de 1945 ha llegado propiamente a ser un problema, ante todo porque para la decisión sobre la pena de muerte consideraciones constitucionales parecían hablar contra un arbitrio judicial demasiado grande (OGHSt 1, 74 [77,78]; 1, 87 [89]). Pero también después de la abolición de la pena de muerte la cuestión ha conservado su significado, porque, independientemente de todos los puntos de vista fundamentales, que pueden ser tenidos en cuenta en este punto central del ordenamiento jurídico-penal, se trata siempre de la decisión entre dos amenazas muy distintas de pena [*Die Auslegung des § 211 StGB ist eigentlich erst nach 1945 zum Problem geworden, weil vor allem bei der Entscheidung über die Todesstrafe rechtsstaatliche Erwägungen gegen eine allzu große richterliche Freiheit zu sprechen schienen* (OGHSt 1, 74 [77,78]; 1, 87 [89]). Aber auch nach Abschaffung der Todesstrafe hat die Frage ihre Bedeutung behalten, denn, abgesehen von allen grundsätzlichen Gesichtspunkten, die an diesem zentralen Punkte der Strafrechtsordnung zu beachten sind, handelt es sich noch immer um die Entscheidung zwischen zwei sehr verschiedenen Strafdrohungen]».

Tras esta presentación, a continuación me ocuparé en detalle del estudio de cada una de las tres soluciones con objeto de averiguar si conforme a alguna de ellas se justifica la presencia de una mayor gravedad en el delito cometido alevosamente.

1.3.b) La solución de un especial (y directo) peligro para el bien jurídico

Cuando la descripción típica del artículo 22.1 del Código penal señala que quien actúa con alevosía emplea «en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla» puede inferirse fácilmente de su letra que nos está dirigiendo al terreno de los riesgos para el bien jurídico¹⁵³. Porque evidentemente si en

¹⁵³ En nuestra doctrina MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, ob. cit., pág. 634, incluye la alevosía entre las circunstancias que «aumentan el injusto penal porque suponen (ex ante) un mayor peligro para el bien jurídico». CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, ob. cit., págs. 700 y s.: «La alevosía supone una mayor gravedad del desvalor de la acción, por el empleo de medios, modos o formas de ejecución con el fin de asegurar e impedir los riesgos procedentes de la posible defensa de la víctima. Es preciso también, sin embargo, que el empleo de dichos medios, modos o formas de ejecución implique, en un juicio *ex ante*, en el momento del comienzo de la acción, una mayor probabilidad de la producción del resultado delictivo, es decir, un aumento de la peligrosidad de la misma». MORALES PRATS, Fermín, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, ob. cit., pág. 56: «[...] la alevosía ligada a la acción de dar muerte a una persona comporta *un mayor desvalor de acción*, porque en el plano ‘ex ante’ el empleo de determinados medios, formas o modos tendentes a asegurar la ejecución del delito y evitar la reacción defensiva de la víctima, comportan *una mayor peligrosidad objetiva de la acción* (por esta interpretación ÁLVAREZ GARCÍA y MIR PUIG) para el bien jurídico». ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Edit.: Comares, Granada, 2004, pág. 70: «La alevosía comporta una mayor gravedad de lo injusto, pues supone en concreto un incremento del desvalor de acción, una mayor peligrosidad de la misma». FELIP I SABORIT, Felipe, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.) y RAGUÉS I VALLÈS, Ramón (coord.), *Lecciones de Derecho penal Parte Especial*, Edit. Atelier, 3ª edición, 2011, Barcelona, pág. 36: «Así se aprecia alevosía en las agresiones a traición o no percibidas por la víctima, en los ataques imprevistos o repentinos, o en la creación o aprovechamiento de situaciones de indefensión. El fundamento de la agravante se encontraría en la mayor peligrosidad objetiva de los ataques a la vida que presentan tales características». Parcialmente también ARIAS EIBE, Manuel José, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», ob. cit., pág. 13: «[...] el sujeto en su acción emplea medios, modos o formas de ejecución clandestinos o insidiosos específicamente tendentes a asegurarla así como a impedir los riesgos procedentes de la posible defensa de la víctima [sic], lo que supone a la par que una mayor sangre fría en la preparación o comisión del delito, un aumento de la peligrosidad de la acción, ya que el empleo de tales medios modos o formas de ejecución, desde una perspectiva *ex ante* —en el momento del comienzo de la acción— supone una evidente ventaja que hace más probable la producción del resultado lesivo». En la doctrina alemana RENGIER, Rudolf, *Strafrecht. Besonderer Teil II. Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit*, Edit.: C. H. Beck, 15ª edición reelaborada, Múnich, 2014: «La especial reprochabilidad del obrar alevoso reside en su especial peligrosidad para la víctima, a la cual se la sorprende por el autor en una situación indefensa y a través de ello se le impide defenderse (p. ej. a través de una contra-defensa activa, de una llamada en auxilio, de la huida o de la persuasión) del ataque a su vida o por lo menos dificultarlo [*Die besondere Verwerflichkeit heimtückischen Handelns liegt in seiner besonderen Gefährlichkeit für das Opfer, das vom Täter in hilfloser Lage überrascht und dadurch gehindert wird, den Angriff auf sein Leben (z. B. Durch aktive Gegenwehr, Hilferufe, Flucht, Umstimmung) abzuwehren oder wenigstens zu erschweren*]». KÜPER, Wilfried, *Strafrecht. Besonderer Teil. Definitionen mit Erläuterungen*, Edit.: C. F. Müller, 5ª edición reelaborada, Heidelberg, 2002, pág. 183: «Un concepto de alevosía así determinado se basa en la idea fundamental de que el *modo de ejecución* de la muerte es para la víctima específica e incrementadamente peligroso (aumento del injusto y de la culpabilidad a consecuencia de la especial peligrosidad). La

la ejecución de cualquier delito está siempre entrañado un peligro para el bien jurídico, entonces asegurar directa o especialmente la ejecución significa convertir ese peligro de lesión en directa o especialmente seguro. Pues bien, trataremos a continuación de comprobar si en un peligro de tal tipo, bien sea directo o bien especial, puede sostenerse el peso de una mayor gravedad de delito cometido con alevosía.

i) El “peligro directo”

En lo que se refiere a un “peligro directo”, la primera cuestión radica en averiguar qué pueda significar el término “directo”. Puede partirse de la hipótesis de que el término “directo” quiere decir exactamente lo mismo que significa cuando lo utilizan los penalistas dentro de la expresión “dolo directo”. Es cierto que esta suposición nos conduce a una interpretación subjetiva del artículo de la alevosía que gramaticalmente no parece desprenderse del texto, porque ciertamente según su tenor no es el autor sino

específica *peligrosidad* debe consistir en que el autor que procede de manera alevoso-sopresiva *resta* a la víctima desprevénida las propias posibilidades de protección —las oportunidades de reacción y defensa—, las cuales la víctima habría podido reconocer y aprovechar en otro caso, de haber estado prevenida [*Ein so bestimmter Heimtücke Begriff auf dem Grundgedanken, daß die Ausführungsart der Tötung für das Opfer spezifisch und gesteigert gefährlich ist (Unrechts- und Schulderrhöhung infolge besonderer Gefährlichkeit). Die spezifische Gefährlichkeit soll darin bestehen, daß der tückisch-überraschend vorgehende Täter dem arglosen Opfer Selbstschutzmöglichkeiten – Abwehr- und Verteidigungschancen – entzieht, die es sonst, bei vorhandenem Argwohn, hätte erkennen und wahrnehmen können*]. WOESNER, Horst, «Moralisierende Mordmerkmale», en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Año 31, Cuaderno 21, 1978, pág. 1027: «[...] el motivo para la elevada amenaza penal reside en la especial peligrosidad del tipo de muerte. Ella conecta con el punto de vista de la dañosidad social de la acción. [...] En el caso de la alevosía la especial peligrosidad reside en que el autor sorprende a la víctima en una situación de desamparo, en la que no se puede defender. Intereses entendibles racionalmente de la comunidad exigen aquí en una medida elevada, que un modo de matar supuestamente fácil y que tiene menos riesgo sea tratado con énfasis [...] der Grund für die erhöhte Strafdrohung liege in der besonderen Gefährlichkeit der Tötungsart. Sie leitet zum Gesichtspunkt der Sozialschädlichkeit des Handelns über. [...] Bei der Heimtücke liegt die besondere Gefährlichkeit darin, daß der Täter das Opfer in einer hilflosen Lage überrascht, in der es sich nicht wehren kann. Rational erfaßbare Belange der Gemeinschaft erfordern hier in erhöhtem Maße, daß einer vermeintlich leichten und weniger risikobehafteten Tötungsart mit allem Nachdruck begegnet wird]». La jurisprudencia también acepta en ocasiones el criterio de la peligrosidad: STS 7331/2012 de 15 de noviembre, STS 3255/2013 de 19 de junio y STS 1114/2014 de 19 de marzo: «La agresión alevosa denota una mayor peligrosidad del hecho que se revela por la especial facilidad de su comisión y la consiguiente indefensión que ocasiona a la víctima [...]». En cambio otras sentencias parecen no aceptarlo, como por ejemplo la STS 2039/2011 de 14 de abril: «En efecto, como se dice en la STS. 789/2000 de 5.5, La esencia del art. 148.1º y el fundamento de la agravación de la pena que previene el precepto radica en el resultado lesivo causado en la integridad de la víctima o en el riesgo producido según los instrumentos, armas, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud física o psíquica del lesionado. Ejecutar la agresión de manera alevosa no se encuentra necesariamente descrito en el tipo, pues es claro que el resultado lesivo ocasionado puede producirse realizando el ataque con alevosía, pero también sin que esta circunstancia concorra, como también es perfectamente posible efectuar la agresión alevosamente sin que sea de aplicación el subtipo agravado ante la ausencia de un resultado o riesgo especialmente grave para la víctima (SSTS. 155/2005 de 15.2, 1348/2009 de 30.12, 728/2010 de 22.7)».

los “medios, modos o formas” los que tienden directamente a hacer segura la ejecución¹⁵⁴. Sin embargo, al margen de que hay quien defiende una interpretación subjetiva del “tiendan”, también quien defiende una objetiva, como será la opción aquí adoptada en el capítulo 2, difícilmente negará la necesidad para que exista alevosía de que el autor abarque en su subjetividad el que su comportamiento está tendiendo a asegurar el resultado¹⁵⁵. Ahora bien, si el autor se representa que su obrar (medios, modos o formas) tiende directamente a asegurar la ejecución, al llevarlo a cabo el mismo se está dirigiendo a su vez directamente a los peligros comportados en ese aseguramiento de la ejecución. En este sentido podría defenderse que el peligro es directo porque el autor busca directamente (dolo directo) provocar el peligro aparejado a que la ejecución se haga segura. En otras palabras el peligro es directo, porque el autor no persigue un objetivo distinto al peligro —por medio del cual *indirecta o eventualmente* pudiera desencadenarse ese peligro— sino que se dirige *directamente* hacia el peligro (dolo directo), y por eso trata de asegurar la ejecución que lo alberga.

Sin embargo esta interpretación subjetiva del “peligro directo” en términos de dolo directo no puede convencer. Con arreglo a ella estaríamos en posición de excluir de la alevosía (por ejemplo del asesinato alevoso) las modalidades de comisión entendidas normalmente como menos graves, como son la imprudente y la doloso-eventual, porque en ellas el autor no persigue directamente afectar al bien jurídico¹⁵⁶. Sin embargo esto no parece bastar para la justificación de la mayor gravedad de la comisión alevosa, sino sólo de la mayor gravedad de los delitos cometidos con dolo directo. Entre estos se cuentan en efecto algunos que se ejecutan con alevosía, pero muchos otros cometidos con dolo directo no tienen por qué ser alevosos. Y la pregunta abierta sigue siendo ¿por

¹⁵⁴ SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 866: «En mi opinión, siguiendo a Córdoba en este aspecto, el término «tiendan» se refiere única y exclusivamente a los medios, modos o formas. Y creo que ello es así porque lo exige la construcción gramatical empleada»

¹⁵⁵ El mismo SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 866.

¹⁵⁶ GRÜNEWALD, Anette, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, ob. cit., pág. 148: «Se puede considerar apoyar las diferencias en el contenido del injusto sobre las distintas formas de dolo y hacer depender el incremento del injusto del grado de dolo. Históricamente hay incluso precedentes de aceptar un asesinato sólo para una muerte intencional. Tal solución surgió en primer lugar en el Derecho común, donde era necesario para la aceptación de un asesinato un dolo directo, mientras un dolo indirecto únicamente podía conducir a un homicidio [*Es ließe sich erwägen, Differenzen im Unrechtsgehalt auf die verschiedenen Vorsatzformen zu stützen und eine Steigerung des Unrechts vom Grad des Vorsatzes abhängig zu machen. Historisch gibt es sogar Vorläufer, einen Mord nur bei einer absichtlichen Tötung anzunehmen. Eine solche Lösung tauchte zunächst im gemeinen Recht auf, wo für die Annahme eines Mordes ein dolus directus nötig war, während ein dolus indirectus lediglich zu einem Totschlag führen konnte*]

qué resulta más grave el delito alevoso? Quizá la respuesta se encuentre en la existencia de un peligro especial en la comisión alevosa.

ii) El “peligro especial”

La dificultad inicial está otra vez en la necesidad de definir el carácter “especial” del peligro. Para avanzar en el intento de caracterización la primera cuestión que se debe plantear es si el peligro especial consistiría en realidad en algo sustancialmente diferente al peligro directo analizado anteriormente. En principio podría decirse que no, porque todo homicidio cometido con dolo directo, precisamente debido a que su autor se dirige directamente a poner en riesgo directo el bien jurídico y para conseguirlo evidentemente buscará los medios, modos o formas especialmente más adecuados, implica por sí mismo una especial peligrosidad¹⁵⁷. Que cuando uno quiere un fin determinado —y justamente porque lo quiere— escoge los medios especialmente apropiados y evita los menos adecuados, constituye una regla de razonamiento instrumental cotidiana en nuestra vida práctica, tanto que resulta difícil encontrar en su empleo, habitual en nuestra día a día, un motivo suficiente como para agravar el delito. De ahí que no haya sido extraño que autores como ROXIN hayan abogado en favor de la supresión de la figura de la alevosía, en atención al especial peligro que casi inherentemente acompaña a todo homicidio dirigido intencionalmente: «En general tendrá que decirse que un homicidio intencionado de manera típica —como también otros delitos— llegará a ser planeado de tal manera, que normalmente tiene que salir bien (porque este es precisamente el objetivo del hecho y porque además sólo esto puede proporcionar al autor la esperanza de escapar a un pena muy grave sin ser

¹⁵⁷ MIR PUIG, Santiago, «Límites del normativismo en Derecho penal», ob. cit., pág. 20: «Por otra parte, el dolo directo de primer grado aporta *ex ante* un factor de riesgo que influye en la propia *peligrosidad objetiva del hecho*. Quien trata de causar una lesión configura su actuación externa de modo que pueda causarla. Quien quiere matar a una persona con una pistola dirige el arma hacia la misma, apunta y dispara cuando le parece que puede alcanzar a su víctima, y si falla el primer disparo o éste no es suficiente, volverá a disparar las veces que considere necesarias y de la mejor forma que pueda causar la muerte. Por el contrario, quien sólo quiere asustar a otro disparándole, no apuntará a su cuerpo, sino a otro lugar, para que la bala no le alcance. La distinta intención, de matar o asustar, llevará al sujeto a orientar de forma diferente su conducta. Ello ocurre en todos los ámbitos de nuestra actuación y es lo que determina que generalmente consigamos hacer lo que queremos hacer. Si queremos sentarnos, haremos los movimientos necesarios para conseguirlo, si queremos poner en marcha nuestro automóvil haremos lo apropiado para ello. Es mucho más raro que acabemos haciendo lo que no queremos. Es cierto que cuanto más difícil sea realizar una conducta o producir un resultado separado de ella, menos seguridad tendremos de conseguir lo que intentamos. Pero en principio será aún más difícil conseguirlo si no lo intentamos y más todavía si intentamos precisamente lo contrario».

descubierto). Pero lo que es típico para un homicidio intencionado, no debería eo ipso fundamentar el caso más grave de comportamiento delictivo [asesinato (alevoso)]»¹⁵⁸.

Pero si todo peligro directo determina una especial puesta en peligro del bien jurídico, con base en un “peligro especial” no se podrá fundamentar la mayor gravedad de la comisión alevosa, como tampoco se podía en función del “peligro directo”. El peligro especial será algo propio de todo delito cometido con dolo directo, pero seguirá sin resolverse el porqué los delitos que además de intencionados son ejecutados con alevosía resultan más graves.

Una aparente manera de escapar de este camino sin salida a que conduce la identificación de “peligro directo” y “peligro especial” sería la siguiente. Evidentemente, se podría decir, todo delito intencionado contiene un riesgo importante de lesión del bien jurídico, sin embargo habría que tratar de reservar la expresión “peligro especial” para nombrar un plus de peligro por encima del que es normal en los delitos intencionados, y que en cambio sí sería característico de las formas de ejecución alevosas. El peligro especial sería así en alguna medida cuantitativamente mayor al peligro directo al que está expuesto el bien jurídico en los delitos dirigidos con intención. Sin embargo, en contra de esta aparente salida podrían recordarse las palabras de JAKOBS de que «todo proyecto de homicidio, que se completa, es suficientemente peligroso (cada plus de peligro sería superfluo)»¹⁵⁹. Porque quizá sea cierto que desde la perspectiva de la acción el modo de comisión alevosa podría llegar a contener un plus de peligro en comparación con la ejecución intencionada normal, pero ocurre que esa adicción de peligro resulta desde la perspectiva del resultado redundante, e indigna por tanto de atención jurídico-penal, cuando la comisión menos peligrosa comporta sin embargo en sí misma el suficiente peligro para producir la muerte. Se puede imaginar así un caso en que el autor apuñala con intención de matar a la víctima en un órgano vital, acción de la que se desprende con toda necesidad la muerte. Que a este

¹⁵⁸ ROXIN, Claus, «Zur Normativen Einschränkung des Heimtückemerkmals beim Mord», ob. cit., pág. 743: «Überhaupt wird man sagen müssen, dass eine absichtliche Tötung typischerweise – wie andere Delikte auch – so geplant werden wird, dass sie normalerweise gelingen muss (denn das ist ja der Zweck der Tat und kann zudem allein dem Täter die Hoffnung vermitteln, unentdeckt einer sehr schweren Strafe zu entgehen). Was aber für eine absichtliche Tötung typisch ist, sollte nicht eo ipso den schwersten Fall der Deliktsbegehung begründen».

¹⁵⁹ JAKOBS, Günther, «Anmerkung zum BGH-Urteil vom 4.7.1984 – 3StR 199/84 (LG Mannheim)», ob. cit., pág. 996, «Nun ist jedes Tötungsunternehmen, das vollendet wird, hinreichend gefährlich (jedes Plus an Gefahr wäre überflüssig), [...]».

comportamiento suficientemente peligroso para producir la muerte, se le hubiera añadido la circunstancia de que el autor haya empleado la artimaña de embadurnar el filo de cuchillo en un potente veneno no determina sino una cierta redundancia superflua en el peligro. Con seguridad desde el punto de vista de la acción existe más peligro para la vida en un cuchillo preparado con veneno que en un simple cuchillo, pero si desde la perspectiva del resultado el simple apuñalamiento intencionado ya producía la muerte, el plus de peligro incorporado por la artimaña del envenenamiento sólo añade redundancia.

Pero quizá la idea de “especial peligro” consiga todavía mantenerse a flote si se define a partir de ahora no en los términos anteriores de cantidad de peligro (plus de peligro), sino en función de la cualidad de peligro (tipo de peligro) puesta en juego por la comisión alevosa¹⁶⁰. En concreto este nuevo camino comienza admitiendo la existencia de diferentes tipos de peligro según su origen o procedencia, de manera que ciertas fuentes de peligro se destacarían frente a otras por su especial peligro para el bien jurídico. Admitido esto, se necesitaría además demostrar que por su tipología la fuente de riesgo de la alevosía, comparada a otras, representa un peligro especial. Pero, para llegar a saber si la fuente de riesgo en la alevosía resulta especialmente peligrosa, antes de nada debemos haberla identificado y distinguido suficientemente del resto. Pues bien, el artículo 22.1 de Código penal parece darnos una respuesta, porque a partir de su letra se deduce claramente que en los casos de alevosía el origen del peligro de lesión se encuentra en el empleo de medios, modos o formas de aseguramiento. Sin embargo, esta respuesta todavía no identifica de manera suficiente el origen del peligro de la alevosía, porque bajo una descripción tan amplia como la de medio, modo o forma de aseguramiento podría casi incluirse cualquier fuente de peligro. Se podrían incluir los ataques sorpresivos, considerados típicamente alevosos, pero también por ejemplo el empleo de una violencia manifiesta, porque también ésta, a pesar de su falta de contacto con la noción de alevosía, se puede subsumir sin dificultad dentro de los modos, medios o formas posibles de asegurar el resultado. Para concretar la identificación de la fuente de peligro de la alevosía más que a su definición jurídico-penal, tenemos que acudir al

¹⁶⁰ Esta es la estrategia seguida por JAKOBS, Günther, «Anmerkung zum BGH-Urteil vom 4.7.1984 – 3StR 199/84 (LG Mannheim)», ob. cit., pág. 996. Así tras verificar lo impracticable de una definición de la especialidad del peligro desde la perspectiva cuantitativa, pasa a explorar la vía de una definición cualitativa con un resultado también, como se verá, negativo.

campo semántico de la palabra “alevosía”, donde se entrelazan nociones tan próximas que en ocasiones resultan difíciles de diferenciar: traición, artimaña, ardid, argucia, celada, perfidia, doblez, malicia, proditorio, acechanza, insidia etc. A partir de esta suma de significados interrelacionados, una vez desvinculados de connotaciones morales, se logra ir dibujando una tipología de origen de peligro, que se opone nítidamente frente a otra forma genérica de producir peligros. Si se quiere decir con la famosa cita de JESCHECK, la alevosía es «simplemente el arma de los débiles y los indefensos frente al predominio, la violencia y la brutalidad»¹⁶¹. De este modo es posible delimitar dos fuentes de peligrosidad: quien pretende intencionadamente causar un daño puede originarlo acudiendo a la violencia manifiesta —el recurso de los fuertes basado en su predominio— u ocultamente a la sagacidad —el remedio de los débiles por su inferioridad—.

Pero el hecho evidente de que el peligro de la alevosía se distingue por su origen, todavía no significa que por eso sea especial frente al de otra procedencia. Porque si se consigue superar el conjunto de significaciones morales que proyectan en la alevosía un ánimo perverso del autor, entonces en lugar de aparecer como una fuente especialmente peligrosa, se muestra solamente como una alternativa, funcionalmente equivalente al otro camino¹⁶², para cometer el delito contra las personas (muerte, lesiones). Una alternativa que en bastantes ocasiones no se escoge por su supuesta

¹⁶¹ JESCHECK, Hans-Heinrich, «Anmerkung zum BGH-Beschluß vom 22.9.1956 – GStt 1/56», ob. cit., pág. 387: «[Heimtücke] manchmal gar nicht Ausdruck von Verschlagenheit und Feigheit ist, sondern einfach die Waffe des Schwachen und Wehrlosen gegen Übermacht, Gewalt und Brutalität». En realidad JESCHECK no hace sino reproducir en su cita la tipología clásica de los posibles atacantes, tan clásica como la representada por HOMERO en *La Iliada* en las figuras de Aquiles y Ulises. Cada uno de ambos héroes griegos representa una modalidad de ataque que dispone de sus propias armas características. Aquiles simboliza en el ataque el predominio y superioridad sobre el resto, de ahí que no tema utilizar abiertamente la fuerza o violencia bruta, en cambio Ulises es el prototipo de una cierta debilidad de partida en el ataque, por lo que su único remedio consiste en utilizar sutilmente con ocultación la inteligencia (caballo de Troya). Que Aquiles termine fracasando en su intento de tomar por la fuerza la ciudad de Troya, mientras Ulises salga victorioso de la guerra gracias a su astucia, puede resultar un dato relevante de que ni HOMERO ni la tradición cultura europea a través de la que se nos ha legado *La Iliada* han visto con ojos demasiado desfavorables la alternativa de la astucia frente a la de la violencia abierta, a pesar de la cierta penitencia que se le impone a quien escoge este camino (el prolongado y arduo regreso a casa de Ulises en *La Odisea*).

¹⁶² JAKOBS, Günther, «Anmerkung zum BGH-Urteil vom 4.7.1984 – 3StR 199/84 (LG Mannheim)», ob. cit., pág. 997: «[...] la alevosía bien es cierto puede ser en el caso individual un medio insustituible, sin embargo de manera general puede sustituirse por un equivalente funcional, es decir por la violencia y por el aprovechamiento de situaciones de merma que no se basan en la falta de prevención [...] *die Heimtücke zwar im Einzelfall ein unersetzbares Mittel sein mag, generell aber durch funktionale Äquivalente ersetzbar ist, scil. durch Gewalt und durch Ausnutzung nicht auf Arglosigkeit beruhender Defektlagen*»

especial peligrosidad sino por constituir el único remedio viable, siguiendo la cita de JESCHECK, para los débiles e indefensos, a quienes les está vedado el recurso de hacer una ostentación manifiesta de fuerza¹⁶³, como sucede en la constelación de casos, típicamente discutida en Alemania, de los tiranos familiares. Una alternativa también que, como señala SCHMIDHÄUSER, para la víctima puede resultar preferible a la del ataque manifiesto que además la hace cargar con el miedo a la muerte¹⁶⁴. Pero además una alternativa que, desde una perspectiva sistemática, no siempre nuestro Código penal considera de especial peligro frente a la opción de la violencia manifiesta, sino más bien al contrario. Así por ejemplo el artículo 172 del Código penal castiga el delito de coacciones sólo en tanto el autor echó mano del recurso a la violencia, pero en cambio el hecho de impedir o compeler a acciones, en el sentido del artículo, queda impune si se utilizó la astucia¹⁶⁵. Otro ejemplo lo representa la distinta penalidad asociada a los

¹⁶³ GRÜNEWALD, Anette, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, ob. cit., pág. 125: «Así, como es sabido, frecuentemente para un autor físicamente inferior la única posibilidad consiste en cometer un homicidio precisamente aprovechando consciente y metódicamente la falta de prevención y la indefensión de la víctima. Frente a esto el autor superior físicamente a la víctima puede permitirse hacer frente a ésta con enemistad manifiesta y agresivamente, e incluso anunciando el hecho [So ist es für einen körperlich unterlegenen Täter bekanntlich oftmals die einzige Möglichkeit, eine Tötung zu begehen, indem er gerade die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst und zielgerichtet ausnutzt. Demgegenüber kann es sich der dem Opfer körperlich überlegene Täter leisten, diesem offen feindselig und aggressiv, gar die Tat ankündigend, entgegenzutreten]». MEYER, Maria-Katharina, «Zu den Begriffen der Heimtücke und der Verdeckung einer Straftat», en *Juristische Rundschau (JR)*, Cuaderno 11, 1979, pág. 444: «El ataque sorpresivo es una arma típica del inferior, de la cual el fuerte no necesita. De ahí parece excluirse, que en los grupos de casos, en los que la jurisprudencia ha afirmado alevosía, se pueda constatar un incremento típico y considerable del aseguramiento del resultado en comparación a los casos de homicidio [Der Überraschungsangriff ist eine typische Waffe des Unterlegen, deren der Starke nicht bedarf. Daher erscheint es ausgeschlossen, daß sich in den Fallgruppen, in denen die Rechtsprechung Heimtücke bejaht hat, eine typische und erhebliche Steigerung der Erfolgssicherheit gegenüber den Totschlagsfällen feststellen ließe]»

¹⁶⁴ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, ob. cit., pág. 233: «Vista la cosa respecto de la víctima, entonces las perspectivas de defensa frente a un bien (y modernamente) armado autor son de todas maneras escasas, y por lo demás es para la víctima la muerte a escondidas o por lo menos sorpresiva muchas veces todavía ‘mejor’ que la abierta que la carga dado el caso todavía con el miedo a la muerte [Sieht man die Dinge vom Opfer her, so sind gegenüber einem gut (und modern) bewaffneten Täter die Verteidigungsaussichten ohnehin ganz gering, und im übrigen ist für das Opfer die heimliche oder wenigstens überraschende Tötung vielfach immer noch ‚besser‘ als die offene, die ihm u. U. Noch die Todesangst auflädt]». De la misma opinión OTTO, Harro, «Straftaten gegen das Leben», ob. cit., pág. 63.

¹⁶⁵ Sobre esto ha llamado la atención JAKOBS, Günther, «Anmerkung zum BGH-Urteil vom 4.7.1984 – 3StR 199/84 (LG Mannheim)», ob. cit., pág. 997, dentro del sistema penal alemán: «[...] todos los delitos de coacciones valoran la relación de alevosía y violencia desde un enfoque hasta tal punto invertido, que la violencia es el medio para el hecho que se asume como evidente en el tipo y la astucia como lo que lo pone en cuestión [...] alle Nötigungsdelikte werten das Verhältnis von Heimtücke und Gewalt im Ansatz insofern umgekehrt, als die Gewalt das selbstverständlich tatbestandsmäßig und List das Zweifelsfragen aufwerfende Tatmittel ist]». Igualmente GRÜNEWALD, Anette, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, ob. cit., pág. 126: «Una actuación marcadamente agresiva o respectivamente violenta del autor se valora jurídicamente de manera unívoca de forma negativa por lo menos como coacción (dado el caso lesiones corporales) de la víctima. Para un comportamiento astuto o insidioso esto no vale [Ein

delitos de robo frente a los de hurto; mientras los artículos 237 y siguientes del Código penal exigen para ser reo del delito de robo el empleo fuerza en las cosas, violencia o intimidación, los delitos de hurto del 234 y siguientes, castigados con una pena considerablemente menor, encajan más bien con la conducta de astucia y ocultamiento característica de la alevosía.

En definitiva el tipo de peligro originado en la comisión alevosa, en tanto resulta de importancia menor o a lo sumo de valor alternativo frente al de otras procedencias, carece también por su origen de un carácter especial sobre el que fuera posible fundamentar una mayor gravedad del delito. En cualquier caso, aunque se siguiera pensado que la comisión alevosa conlleva un especial peligro, deberíamos preguntarnos con NIESE si estaríamos dispuestos a aceptar la consecuencia de que toda muerte en la que no exista un desafío manifiesto deba ser considerada alevosa¹⁶⁶.

iii) Conclusión

La solución que busca la mayor gravedad del delito en el peligro manifestado en la comisión alevosa tiene frente a sí el difícil reto de hacer aceptable jurídicamente que se castigue la competencia del delincuente¹⁶⁷. Para esta postura el autor sería doblemente castigado, no sólo por cometer un delito contra las personas, sino adicionalmente debido a su competencia en la comisión. Pero cualquier autor con intención de matar que consigue mediante su actuación su objetivo demuestra ser suficientemente competente, por lo que o bien se castigan todos los homicidios cometidos con dolo directo como asesinatos alevosos, o bien debería definirse una

betont aggressives respektive gewalttätiges Auftreten des Täters wird zumindest als Nötigung (gegebenenfalls Körperverletzung) des Opfers rechtlich eindeutig negativ bewertet und als Unrecht erfasst. Für ein listiges oder hinterlistiges Verhalten gilt das nicht».

¹⁶⁶ NIESE, Werner, «Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Bd. 3 der Amtlichen Sammlung – Entscheidungen zum materiellen Strafrecht)», ob. cit., pág. 549, quien para el caso de que en la apreciación de la alevosía sólo se tenga en cuenta el modo de comportamiento (su especial peligrosidad) dejando de lado la motivación del hecho y especial reprochabilidad del hecho se pregunta si «¿no llega a ser entonces alevoso todo homicidio sin un anuncio de lucha manifiesto? [Wird dann nicht jede Tötung ohne ‚offene Kampfansage‘ heimtückisch?]»

¹⁶⁷ CARBONELL MATEU, «Por una nueva regulación de los delitos contra la vida», ob. cit., pág. 9 «Debe criticarse [...] la existencia de una circunstancia, la alevosía, que agrava la responsabilidad en virtud de que el sujeto que ha decidido llevar a cabo la muerte de otro, tome medidas para hacerlo con éxito, asegurándose el resultado y evitando riesgos. Eso no es nada más que hacer bien las cosas. Y las cosas, aun las malas, hay que hacerlas bien. O es que, ¿se pretende que quien mata a otro lo haga poniéndose en peligro a sí mismo y tomando medidas que permitan a la víctima defenderse y evitar el resultado? Eso, más que romanticismo trasnochado, difícilmente concebible en esta clase de comportamientos, constituye un siempre ‘castigo al listo’».

“especial competencia”, que en el fondo desde el punto de vista del resultado de la muerte contiene el mismo peligro que la “competencia ordinaria”. Quien en cambio prefiera analizar el asunto de la alevosía en lugar de en los términos prácticos de la competencia, por medio del rasero moral del “juego sucio”, no debe olvidar que el “juego sucio” se inicia, sin posibilidad de regreso a un espacio de juego no contaminado moralmente, en la ejecución de la intención de matar a otro, ejecución y “juego sucio” que ya se castiga con la pena del homicidio intencionado.

Finalmente, un último argumento a favor de la tesis según la cual la alevosía conlleva un riesgo especial parece representarlo la regulación de las lesiones cualificadas del artículo 148 del Código, al establecer que la pena agravada se aplica a todos sus subtipos —y con ello a las lesiones cualificadas alevosas del 148.2— atendiendo al resultado causado o al *riesgo producido*. Sin embargo doctrina y jurisprudencia han rechazado esta interpretación. En realidad, el *riesgo producido* (o el resultado causado) no resulta un hecho inherente a las circunstancias previstas en los subtipos del 148 sino un requisito añadido que ha de concurrir para estimar la cualificación. En este sentido, la doctrina ha señalado que el juez a la hora de apreciar las lesiones cualificadas no sólo ha de considerar la concurrencia de alguna de las circunstancias del 148, sino que además debe prestar atención al resultado causado o al riesgo producido por dicha concurrencia¹⁶⁸. E igualmente la jurisprudencia en la STS 2039/2011 de 14 de abril ha considerado que las lesiones del 148.1 en las que se emplean armas, medios, formas, métodos o formas concretamente peligrosos para la vida o salud del lesionado son compatibles con la circunstancia agravante de alevosía, precisamente porque ésta no siempre supone un peligro especial para la víctima:

¹⁶⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 415: «el juzgador debe tener en cuenta para su decisión no sólo la concurrencia de una de las tres [hoy en día son cinco] circunstancias de modo abstracto, sino la relevancia de su presencia en atención al ‘resultado causado’ o al ‘riesgo producido’». MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte especial*, ob. cit., pág. 106: «Estas cualificaciones no aumentan automáticamente la pena del tipo básico cuando concurren en un delito de lesiones, pues el propio precepto determina que ello sólo es así ‘atendiendo al resultado causado o riesgo producido’ y en la medida en que el tribunal las valores como determinantes de una mayor gravedad de la lesión del tipo básico (‘podrán ser castigadas’)». CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 131: «De ninguna manera sería admisible una interpretación que dé lugar a la aplicación automática del incremento penal cuando se den los supuestos previstos en los tres [sic: es un error, más adelante se ocupan de los cinco] números que recoge el precepto. Y ello por dos razones: la primera por el carácter potestativo de la cualificación, la segunda porque el precepto subraya que ésta debe realizarse en atención al resultado o riesgo producido, y no como consecuencia de la concurrencia de los supuestos previstos en los tres [cinco] números citados».

«Ejecutar la agresión de manera alevosa no se encuentra necesariamente descrito en el tipo, pues es claro que el resultado lesivo ocasionado puede producirse realizando el ataque con alevosía, pero también sin que esta circunstancia concorra, como también es perfectamente posible efectuar la agresión alevosamente sin que sea de aplicación el subtipo agravado ante la ausencia de un resultado o riesgo especialmente grave para la víctima (SSTS. 155/2005 de 15.2, 1348/2009 de 30.12, 728/2010 de 22.7)».

1.3.c) La solución de la (ruptura de la) confianza

Debido a las dificultades que aparecen cuando se intenta explicar la mayor gravedad de la comisión alevosa a partir de la idea de peligro, la solución que ahora se trata opta por desplazar el foco de atención del ámbito riesgo para el bien jurídico, con objeto de hacer recaer el peso de la agravación en una ruptura de la confianza debida¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Esta posición es defendida principalmente en Alemania. JAKOBS, Günther, «Anmerkung zum BGH-Urteil vom 4.7.1984 – 3StR 199/84 (LG Mannheim)», ob. cit., págs. 996 y ss.; SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, ob. cit., págs. 232 y ss.; EL MISMO, «Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 21. 6. 1977», en *Juristische Rundschau (JR)*, Cuaderno 7, 1978, pág. 271; HASSEMER, Windfried, «Die Mordmerkmale, insbesondere „heimtückisch“ und „niedrige Beweggründe – BGHSt 23, 119“», ob. cit., págs. 626 y ss.; JESCHECK, Hans-Heinrich, en Hans-Heinrich JESCHECK / Otto TRIFFTERER (eds.), *Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig?...*, ob. cit., pág. 130; SCHAFFSTEIN, Friedrich, «Zur Auslegung des Begriffs der „heimtückischen“ Tötung als Mordmerkmal», en Friedrich GEERDS / Wolfgang NAUCKE (eds.), *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965 (Mayer-FS)*, Edit.: Duncker & Humblot, Berlín, 1966, pág. 419; MEYER, Maria-Katharina, «Zu den Begriffen der Heimtücke und der Verdeckung einer Straftat» (Cuaderno 11), ob. cit., pág. 445; OTTO, Harro, «Straftaten gegen das Leben», ob. cit., pág. 39. En nuestra doctrina antiguos penalistas fundamentaron la alevosía en el ánimo especialmente reprochable del autor aunque sin vincularlo al quebrantamiento de la confianza. Así JIMÉNEZ ASEÑO, Enrique, «El elemento psicológico de la alevosía», en ob. cit., pág. 451; DEL ROSAL FERNÁNDEZ, Juan, «Sobre alevosía, atenuante de miedo insuperable y premeditación en el asesinato», ob. cit., pág. 535; CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal conforme al “Código penal, texto refundido de 1944”, Tomo I (Parte General)*, Edit.: Bosch, Barcelona, 1951, pág. 528; PUIG PEÑA, Federico, «Alevosía», ob. cit., pág. 559. Sin embargo, sí ha seguido la línea alemana BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Teoría y Práctica del Derecho Penal*, Tomo II, ob. cit., pág. 1004: «La gravedad de la alevosía deriva del hecho de que la indefensión de la víctima es producto de la confianza que la víctima depositó en el autor. El que obra con alevosía no solamente aprovecha la indefensión de la víctima sino que quebranta la confianza especial que la víctima le proporcionó poniéndose prácticamente en sus manos. De esta doble concurrencia de las agravantes del art. 10 núms. 8 y 9 CP [de 1973] surge, en primer lugar, la especial reprochabilidad que el legislador ha señalado para la alevosía». Por último en la jurisprudencia, como se verá en el capítulo 4, la modalidad proditoria o a traición en ocasiones es caracterizada mediante el aprovechamiento de la confianza. Así por ejemplos las STS 4299/2013 de 16 de julio y STS 5681/2013 de 27 de noviembre : «En la proditoria o la traición destaca como elemento esencial el abuso de confianza o de una situación confiada en el que actúa el sujeto activo respecto al pasivo que no teme, dada la relación o la situación de confianza existente, una agresión como la efectuada. Así en la STS 210/96, de 11 de marzo, se recuerda que ‘la alevosía requiere esencialmente más el aprovechamiento de la confianza de la víctima, generadora de la situación de indefensión, que una superioridad física y material del autor’. En el mismo sentido la STS 343/2000, de 7 de marzo, que afirma que la modalidad de alevosía proditoria ‘requiere traición y éste presupone una especial relación de confianza que ha sido defraudada por el autor’». Sin embargo existen también sentencias del Tribunal Supremo donde se niega la relevancia de la confianza respecto del artículo 22.1 como por ejemplo la STS 643/2014 de 22 de enero: «Nada permite,

El auténtico motivo, se entiende entonces, de que la alevosía conlleve la existencia de un delito más grave no se debe al peligro al que se somete el bien jurídico, sino a la componente especialmente reprochable que incorpora el quebrantamiento de la confianza en los casos de alevosía. En palabras de MEYER, una de sus defensoras, la solución de la ruptura de la confianza se caracteriza como sigue: «El acuerdo fundamental consiste en que la alevosía se caracteriza por una actitud especialmente reprochable del autor respecto del hecho concreto. Ésta [actitud] se basa en que el autor alevoso con su hecho no sólo echa a un lado la consideración por la vida ajena, sino que además desprecia una apelación más amplia a valores sociales y éticos: Ese desprecio se describe como una ruptura grave o especialmente reprochable de la confianza [...]»¹⁷⁰.

Según las palabras de la autora, esta solución exige, en los términos generales en que ha sido planteada, dos requisitos para la existencia de la alevosía: a) una ruptura de la confianza entre autor y víctima b) el carácter especialmente reprochable de dicha ruptura. Con base en estos dos requisitos, parece que comprobar la corrección de la solución de la confianza exige a su vez dos pasos: primero abordar la cuestión acerca de cómo deba interpretarse el término “confianza”, para, en segundo lugar, a partir de esa caracterización de la confianza llegar a decidir si su ruptura en realidad convierte en especialmente reprochable al delito alevoso, hasta el punto de hacer de él un delito más grave.

En cuanto a la primera de las cuestiones, la dificultad para alcanzar una definición clara y unívoca de confianza ha sido señalada como uno de los puntos débiles de esta solución¹⁷¹, porque precisamente este término permite su utilización en una pluralidad de sentidos diferentes. GEILEN¹⁷² ha llegado a distinguir hasta tres acepciones

vista la identidad de lo probado y el presupuesto típico, albergar dudas sobre la aplicabilidad de dicha agravante. Y menos la alusión a una relación de confianza de origen y contenido no especificado en el recurso que no es expresamente exigido en el precepto penal que se dice infringido [artículo 22.1]».

¹⁷⁰ MEYER, Maria-Katharina, «Zu den Begriffen der Heimtücke und der Verdeckung einer Straftat» (Cuaderno 11), ob. cit., pág. 445: «*Grundsätzliche Einigkeit besteht darin, daß die Heimtücke durch eine besonders verwerfliche Einzeltatgesinnung des Täters gekennzeichnet ist. Diese liegt darin, daß die heimtückische Täter sich mit seiner Tat nicht lediglich über die Achtung vor fremdem Leben hinwegsetzt, sondern einen weiteren sozialetischen Wertanruf mißachtet: Diese Mißachtung wird als grob verwerflicher bzw. besonders verwerflicher Vertrauensbruch beschrieben [...]*»

¹⁷¹ ROXIN, Claus, «Zur Normativen Einschränkung des Heimtückemerkmals beim Mord», ob. cit., pág. 747.

¹⁷² GEILEN, Bernd, «Heimtücke und kein Ende. Zur Agonie eines Mordmerkmals», en Walter STREE / Theodor LENCKNER / Peter CRAMER / Albin ESER (edits.), *Gedächtnisschrift für Horst Schröder (Schröder-GS)*, Edit.: Beck, Múnich, 1978, pág. 249.

diversas de confianza [*Vertrauen*]. En la primera de ellas se concibe la confianza de modo negativo como una mera falta de desconfianza, de manera que la confianza existe, cuando uno no cree a otro capaz de nada malo [*wenn man einem anderen nichts Böses “zutraut”*]¹⁷³. El segundo sentido exige, en cambio, algo más, pues la confianza no se asocia tan sólo a la ausencia de temor o recelo, sino que comporta ya una expectativa positiva, conforme a la cual uno se confía abandonándose al otro [*Man verläßt sich auf den anderen*]¹⁷⁴, como típicamente ocurre en las relaciones personales estrechas. La última acepción refiere a una situación más complicada, donde se puede hablar también de confianza a pesar de que en el punto de partida uno es desconfiado, pero sin embargo después se confía al otro, en tanto que no le cree capaz de infringir determinadas reglas de juego [*Es handelt sich um die Situation, dass man im Ausgangspunkt misstrauisch ist, sich aber dann doch auf den anderen insofern verlässt, als man ihm die Verletzung bestimmter “Spielregeln” nicht “zutraut”*]¹⁷⁵. Pero este último sentido algo complejo de confianza queda explicado de mejor manera si nos representamos el ejemplo de la situación, propuesta por GEILEN, del parlamentario que interviene en una toma de rehenes y resulta muerto en contra de las promesas hechas¹⁷⁶, situación en la que a pesar de una desconfianza inicial se puede llegar a confiar en tanto se cree en la efectividad de determinadas reglas de conducta.

Evidentemente la disparidad en los resultados, a que da lugar la aplicación de cada uno de estos tres sentidos, hace que el recurso sin más al concepto de confianza se muestre inadecuado para delimitar claramente las fronteras de la alevosía. Porque dependiendo de en qué sentido se decida potestativamente emplear la noción de confianza en uno u otro sentido, se podrá arbitrariamente abrir más o menos las puertas de acceso a la circunstancia; bien adoptando una noción medianamente estricta de confianza, que se ve rota cuando simplemente en la conciencia del atacado no existió temor ninguno a daño por parte del agresor (1ª acepción de confianza), o bien escogiendo una noción más estricta, donde el quebrantamiento de la confianza se muestra casi como una traición moral de aquél en quien previamente, porque se le creía fiel, se había depositado la fe (2ª acepción), o bien por último elegir la menos estricta,

¹⁷³ GEILEN, Bernd, «Heimtücke und kein Ende. Zur Agonie eines Mordmerkmals», ob. cit., pág. 249.

¹⁷⁴ GEILEN, Bernd, «Heimtücke und kein Ende. Zur Agonie eines Mordmerkmals», ob. cit., pág. 249.

¹⁷⁵ GEILEN, Bernd, «Heimtücke und kein Ende. Zur Agonie eines Mordmerkmals», ob. cit., pág. 250.

¹⁷⁶ GEILEN, Bernd, «Heimtücke und kein Ende. Zur Agonie eines Mordmerkmals», ob. cit., pág. 250.

según la cual la confianza se puede romper, aunque no exista ningún vínculo moral y psicológicamente desconfiemos, si normativamente cabía esperar que el otro se comportara conforme a unas reglas de juego determinadas (3ª acepción).

Aunque con ello no se evita la consustancial ambigüedad del término, evidentemente el problema de la indeterminación del concepto de confianza desaparece en cuanto se elige una de las tres acepciones —psicológica, moral o normativa— posibles. Pero antes de que se pueda optar por uno o por otro —o quizá por ninguno—, una vez caracterizados los tres sentidos de confianza, el segundo paso consistirá en determinar si alguno de ellos cuenta con el suficiente peso, siempre dentro de lo permitido por el derecho positivo, para que a través de su ruptura se dé lugar a un especial reproche que determine una mayor gravedad del delito.

i) La confianza de base psicológica

En el caso del sentido psicológico de la confianza, su conexión con el artículo que regula la alevosía, y por tanto con una mayor gravedad derivada de la comisión alevosa, se muestra altamente cuestionable. Porque en el artículo 22.1 no se menciona nada acerca de los estados anímicos de la víctima de confianza o de recelo, sino que en cambio se refiere a los medios, modos o formas empleados por el autor. Y no es extraño que así sea. Si el criterio para establecer la concurrencia de la alevosía fuera el estado psicológico de la víctima, entonces la muerte del confiado patológico, que en ninguna situación teme riesgo alguno para su vida, siempre se calificaría como asesinato alevoso, pues siempre el autor quebrantaría su desmesurada e injustificada confianza aunque no hubiera empleado medio, modo o forma alguna de aseguramiento. Y al contrario el homicidio del desconfiado por naturaleza, que en todo caso alberga recelo hacia los demás, nunca daría lugar a la comisión alevosa del asesinato, pues por mucho que el autor hubiera actuado para asegurar el resultado nunca habrá roto una confianza psicológica inexistente. Porque, en definitiva, resulta difícilmente admisible que los estados psicológicos de temor o confianza de la víctima puedan ser la causa de un agravamiento del delito, sino que esta causa necesariamente debe apuntar a datos objetivos, tales como los que se pretenden describir en el artículo 22.1 con el aseguramiento del delito y la evitación de la defensa del ofendido.

En cualquier caso, no sorprende que se utilicen, en muchas ocasiones, estos criterios subjetivos¹⁷⁷ precisamente por constituir un camino indirecto, aunque susceptible de error, de alcanzar el plano objetivo en verdad relevante, pues es posible razonar que la desconfianza de la víctima impide al autor el aseguramiento del delito y permite la defensa (falta de alevosía), mientras su confianza garantiza el aseguramiento y evita la defensa (conurrencia de alevosía). Sin embargo, de seguir este razonamiento no se caería en la cuenta de la posible interrupción lógica de esta forma indirecta de argumentar: 1) a pesar de la más radical desconfianza de la víctima, y precisamente por ser tan desconfiada, el autor siempre podrá buscar un modo de ejecución que la sorprenda asegurando el resultado mediante la evitación su defensa, y la historia está llena de magnicidios que parecen cumplir a la perfección con este esquema, y 2) también pese a la confianza más plena de la víctima, y precisamente debido a esa absurda confianza, casi por su dejación puede haber sido muerta sin que el autor buscará un especial modo de asegurar el resultado evitando su defensa, y quizá aquí represente un buen ejemplo el tipo del misionero, quien por su buena fe y confianza hacia los otros ni siquiera en una situación comprometida piensa en adoptar medidas de defensa.

De acuerdo a lo anterior la ruptura de un estado psicológico de confianza exclusivo de la víctima, que puede estar desconectado de las circunstancias objetivas mencionadas en el 22.1 (aseguramiento y evitación de la defensa), no puede aparecer en la comisión alevosa como algo especialmente reprochable capaz de fundamentar en su virtud una mayor gravedad del delito.

ii) La confianza de carácter moral

Debido a las graves dificultades para conciliar la acepción psicológica de confianza con el artículo 22.1, queda como alternativa la posibilidad de recurrir a una definición normativa de la confianza. El intento de determinar normativamente la confianza desde una perspectiva moral ha sido la opción escogida por autores como

¹⁷⁷ Esta parece ser la opción de la STS 557/2014 de 29 de enero: «La alevosía exige un elemento objetivo junto con una vertiente subjetiva. En el sustrato objetivo se ven también implicadas cuestiones anímicas: el estado de la víctima, o su mayor o menor capacidad para intuir o prever la proximidad del ataque cuando la modalidad alevosa es la sorpresiva. Si el ataque inopinado o solo remotamente pronosticable es lo nuclear de esta modalidad, que el ataque sea inopinado o inesperado significa que la víctima ‘ni lo esperaba, ni podía esperarlo’. Es un hecho interno que ha de acreditarse mediante prueba indiciaria o indirecta, es decir a través de deducciones arranquen de hechos externos perceptibles sensorialmente».

SCHMIDHÄUSER y más tarde HASSEMER. En cuanto a SCHMIDHÄUSER ha afirmado que: «¡Si uno se pusiera por cierto sólo una vez en la situación de quien está decidido a matar y entonces retrocede espantado ante esta última infinita vileza, de matar a aquel que se ha puesto confiadamente en sus manos! Aquí se trata verdaderamente de la apelación moral a valores más intensa que se puede oponer a la voluntad de matar; y quien la pasa por alto ha obrado con ello motivado por aquella actitud más reprochable que representa solamente el asesinato [...] alevoso se muestra no un mero modo de comportamiento, sino por sí mismo el desvalor moral de la actitud de quien rompe de modo más deshonesto la confianza»¹⁷⁸. Y siguiendo su postura HASSEMER ha sostenido que: «En cambio el pensamiento expuesto en especial por *Schmidhäuser* de reducir la circunstancia de alevosía a su razón normativa se corresponde con los fundamentos aquí desarrollados: una concreta relación de confianza determinada moralmente entre individuos que están uno con otro estrechamente vinculados»¹⁷⁹

Sin embargo una definición normativo-ética de la confianza, como la arriba defendida, tampoco parece asumible ni en concreto desde el 22.1, ni tampoco desde perspectiva general del Derecho penal. Porque según la acepción moral la existencia de confianza se somete a unos criterios tan estrictos, que ésta casi sólo podría existir en las relaciones donde efectivamente uno se pone en manos del otro, sin que sirva ni siquiera que lo haga en virtud de reglas sociales o jurídicas, sino sólo conforme a consideraciones morales acerca de la dignidad y respeto del otro, que le hacen merecedor de confianza. Pero este grado de exigencia parece que sólo puede darse en el

¹⁷⁸ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, ob. cit., pág. 234 y s.: «*Man versetze sich doch nur einmal in die Lage dessen, der zu töten entschlossen ist und nun zurückschreckt vor dieser letzten unendlichen Gemeinheit, denjenigen zu töten, der sich ihm vertrauend in die Hand gegeben hat! Hier handelt es sich wahrhaftig mit um den stärksten sittlichen Wertanruf, der sich dem Tötungswillen entgegenstellen kann; und wer sich über ihn hinwegsetzt, der hat damit aus jener verwerflichsten Gesinnung gehandelt, die allein den Mord ausmacht [...] zeigt ‚heimtückisch‘ nicht eine bloße Begehungsweise an, sondern den selbständigen sittlichen Unwert der Gesinnung dessen, der Vertrauen in schimpflichster Weise bricht*». Para comprobar hasta que punto la consideración de SCHMIDHÄUSER acerca de la confianza está teñida de tintes morales basta acudir al hecho de que fundamenta su posición apelando a la *Ética* de HARTMANN [pág. 234 y s., nota 44], y en concreto a su diferenciación entre el amante y el confiado: mientras el amante no se entrega a quien ama, el confiado se pone el mismo en manos de quien confía, mientras el amante no se pone como tal en peligro, completamente lo hace el confiado, de ahí la intensidad única de la indignación moral que provoca la ruptura consabida de la confianza.

¹⁷⁹ HASSEMER, Winfried, «Die Mordmerkmale, insbesondere „heimtückisch“ und „niedrige Beweggründe“ - BGHSt 23, 119», ob. cit., pág. 630: «*Den hier entwickelten Grundlagen entspricht dagegen der insbesondere von Schmidhäuser vorgetragene Gedanke, das Merkmal „heimtückisch“ auf seinen normativen Grund zurückzuführen: ein konkretes sittlich bestimmtes Vertrauensverhältnis zwischen einander nahestehenden Individuen*».

ámbito familiar e íntimo¹⁸⁰, e incluso, pudiera decirse, que ni siquiera tendría lugar en todas las relaciones familiares y de amistad, en las que también al amigo o al familiar puede considerársele indigno (moralmente) de confianza. Esto ocurre precisamente en la sentencia comentada por HASSEMER con objeto de argumentar su posición, en la que se narran los siguientes hechos: «El acusado había convivido por más de 15 años con su mujer M y durante ese tiempo había mantenido adecuadamente a ella y a sus hijos. Posteriores desavenencias resultaron, entre otras cosa, de que su mujer M hizo costosas adquisiciones, que el acusado consideró como completamente injustificadas. Él se sintió ingratamente tratado, humillado y repudiado, cuando su mujer M lo expulsó del nuevo piso amueblado por él. De ahí se siguió su consideración de que si él ya no podía conservar lo que se había procurado, entonces tampoco otros debían tenerlo. Por venganza frente a este comportamiento de ella y por celos mató a golpes a su mujer M y a su hijo común con un hacha mientras ambos dormían»¹⁸¹.

En este caso a pesar de la estrecha relación familiar entre el acusado y las víctimas, HASSEMER parece negar la existencia de una confianza penalmente pertinente

¹⁸⁰ Además de la modalidad jurisprudencial, a la que luego me referiré, de alevosía convivencial o doméstica que justamente apela a esta clase de confianza íntima o familiar, pueden encontrarse también otras sentencias del Tribunal Supremo que sin aludir a esta modalidad específica basan también la alevosía en este tipo de confianza. Un buen ejemplo es la STS 178/2013 de 29 de enero que trata el famoso caso de Marta del Castillo: «A mayor abundamiento, el clima en el que se había desarrollado la actividad de ambos implicados aquella misma tarde tampoco sugiere dudas o reservas para descartar la alevosía. Se trataba de dos jóvenes que, habiendo sido pareja sentimental cierto tiempo atrás, seguían manteniendo hasta el día de los hechos una estrecha relación de amistad. Esta conclusión se extrae de la narración histórica cuando afirma que mantenían ‘desde hacía tiempo una relación de amistad’ (apartado 1, inciso 1º) y que el origen de la discusión se sitúa en ‘la relación sentimental que mantuvieron en su día’ (apartado 2º, inciso 1º). La fluidez de su amistad dimana del conjunto fáctico cuando también mantiene que pocas horas antes del suceso Nazario Javier había ido a buscar a Luz Marina a su casa. Juntos y en solitario —siguiendo de nuevo los hechos probados— se habían desplazado aquella misma tarde por diversos lugares de la ciudad, en los que solían quedar con su grupo de amigos. Se describe a Luz Marina confiando siempre en Nazario Javier para realizar esos desplazamientos, a bordo del ciclomotor de este último, modo en el que igualmente llegaron a la vivienda de la CALLE001, que había sido el domicilio en el que Nazario Javier residiera con su hermano Isaac Ovidio hasta irse el primero a vivir a Camas unos meses antes del suceso y en la que, ello no obstante, continuaba teniendo dormitorio propio. Nada de lo sucedido con anterioridad aquella tarde podía, por tanto, poner tampoco sobre alerta a Luz Marina anticipadamente».

¹⁸¹ HASSEMER, Winfried, «Die Mordmerkmale, insbesondere „heimtückisch“ und „niedrige Beweggründe“ - BGHSt 23, 119», ob. cit., pág. 626: «Der Angeklagte hatte über 15 Jahre mit Frau M zusammengelebt und in dieser Zeit sie und ihre Kinder gut versorgt. Spätere Zerwürfnisse ergaben sich u. a. Daraus, daß Frau M aufwendige Anschaffungen machte, die der Angeklagte als gänzlich unberechtigt ansah. Er fühlte sich undankbar behandelt, gedemütigt und verstoßen, als ihn Frau M aus der von ihm mit eingerichteten neuen Wohnung verwies; daraus folgte seine Erwägung, wenn er schon nicht behalten dürfte, was er sich geschaffen hatte, sollten es auch andere nicht haben. Aus Rache für dieses ihr Verhalten und aus Eifersucht erschlug er Frau M und den gemeinsamen Sohn mit einem Beil, während beide schliefen»

cuando afirma: «Los hechos probados del tribunal del jurado indican que el acusado había matado precisamente porque la relación de confianza con su mujer —y no en último término por la culpa de ella— fue profundamente perturbada; aquí habría necesitado [el Tribunal federal alemán: BGH] por supuesto de nuevas aclaraciones»¹⁸².

Y lo mismo ocurre con la modalidad jurisprudencial de alevosía convivencial o doméstica, basada en la relación de confianza proveniente de la convivencia. Porque, como se verá más extensamente en el capítulo 4, a pesar de la estrecha relación familiar o de intimidad que conlleva la convivencia —o más bien debido a ella— en muchos casos deberá negarse que la víctima crea digno de confianza al autor con el que convive —y con ello la estimación de la circunstancia—, como ocurrirá sobre todo en los de violencia de género que son precisamente los que pretende combatir el Tribunal Supremo con esta modalidad.

En definitiva, de admitir una confianza moral para la apreciación de la alevosía se reduciría enormemente el círculo de casos susceptibles de caer bajo la circunstancia, consecuencia difícilmente compatible con el artículo 22.1, que se limita a referirse a los datos objetivos del aseguramiento del delito y la evitación de la defensa del ofendido, sin exigir en ningún caso la existencia de ningún vínculo especial —y mucho menos de carácter moral— entre autor y víctima¹⁸³. Pero de otra parte resultaría muy difícil excluir la circunstancia en cuanto autor y víctima mantuvieran relaciones íntimas o familiares generadoras de una relación de confianza, aunque la dinámica y las circunstancias concretas del hecho pareciera negar la calificación del comportamiento como alevoso¹⁸⁴;

¹⁸² HASSEMER, Winfried, «Die Mordmerkmale, insbesondere „heimtückisch“ und „niedrige Beweggründe“ - BGHSt 23, 119», ob. cit., pág. 630: «Die vom SchwurG festgestellten Tatsachen deuteten darauf hin, daß der Angeklagte gerade deshalb getötet hatte, weil das Vertrauensverhältnis zu der Frau – nicht zuletzt aus deren Schuld – tiefgreifend gestört war; da hätte es [BGH] freilich wohl erneuter Aufklärung bedurft»

¹⁸³ Significativo es el ejemplo de RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (II)», en *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, Año 34º, 1980, pág. 5: «Si un autor contratado quiere matar a la mujer mediante una carga explosiva acoplada a un interruptor de la luz, entonces debe excluirse un obrar alevoso, hace en cambio el marido lo mismo, tendría que ser posiblemente asesinato [Wenn ein gedungener Täter die Ehefrau durch einen mit einem Lichtschalter gekoppelten Sprengsatz töten will, so soll heimtückisches Handeln ausscheiden, tut dagegen der Ehemann dasselbe, müßte Mord möglich sein]»

¹⁸⁴ RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (II)», ob. cit., pág. 4: «Por eso sorprende cuando los seguidores de la tesis de la confianza reconocen correctamente como casos problemáticos de alevosía suicidios que incluyen familiares, hechos por compasión y muertes pasionales en el ámbito íntimo y entonces exigen para la limitación de la circunstancia una ruptura reprochable de la confianza, aunque la existencia de una relación de confianza, de una relación personal puede ser apenas dudosa. Se tiene presente todas aquellas muertes que se desarrollan desde un enfrentamiento abiertamente

por mucho que por ejemplo un cónyuge crea digno de confianza a otro, esto no obliga a que éste último siempre haya de matarle alevosamente, también podría hacerlo dado el caso de frente, cara a cara. Además en materia de participación y coautoría nos enfrentaríamos a paradojas como la expuesta por el siguiente ejemplo de RENGIER: «¿Debe ser el homicidio del marido durmiente cometido en coautoría por la mujer y su amante alevoso sólo respecto de la mujer?»¹⁸⁵. Pero al margen de estos resultados insatisfactorios, existe una razón de calado más general para rechazar una concepción moral de la confianza; ni el artículo 22.1 en concreto, ni ningún otro artículo del Código tiene por objetivo salvaguardar, por estimables que sean, nociones morales de fidelidad o lealtad, ni a partir de ellos se puede tampoco entender que su ruptura merezca penalmente un especial reproche al autor capaz de posibilitar la agravación del delito, por mucho que desde la reflexión propiamente ética, y de cara al reproche moral, las cosas aparezcan de manera diferente¹⁸⁶.

iii) La confianza jurídico-normativa

Como última posibilidad de conservar el concepto de confianza para el Derecho penal —una vez comprobado que su descripción psicológica o a partir de normas éticas carece de relevancia penal— surge el recurso de acudir a su redefinición normativo-jurídica. Es decir, se trataría de encontrar una acepción de confianza que sea merecedora

hostil y que han llevado ahora al Tribunal Federal alemán a una limitación de su jurisprudencia [...] Debe nombrarse además el grupo de casos que puede describirse como la muerte a causa de la desesperación de tiranos familiares (atacados por la espalda o que duermen), la cual no quiere penarse como asesinato. También en los casos de compasión o eutanasia, sin duda no merecedores de la calificación de asesinato, existe por lo regular una relación de confianza (médico-paciente, familiar-enfermo) [*Es überrascht daher, wenn Anhänger der Vertrauensthese Selbstmorde unter Einbeziehung von Familienangehörigen, Mitleidstaten und Affekttötungen im Intimbereich richtig als problematische Heimtückefälle erkennen und dann zur Einschränkung des Merkmals einen verwerflichen Vertrauensbruch fordern, obwohl das Bestehen eines Vertrauensverhältnisses, einer personalen Beziehung kaum zweifelhaft sein kann. Man vergegenwärtige sich all diejenigen Tötungen, die sich aus einer offen feindseligen Auseinandersetzung entwickeln und die den BGH nun zur Einschränkung seiner Rechtsprechung veranlaßt haben [...] Zu nennen ist ferner die Fallgruppe, die dich als Verzweiflungstötung des (schlafenden oder hinterrücks angegriffenen) Familientyrannen umschreiben läßt, die man nicht als Mord bestrafen will. Auch bei den zweifellos mordunwürdigen Mitleids- oder Euthanasiefällen liegt in der Regel ein Vertrauensverhältnis (Artz-Patient, Angehöriger-Kranker) vor*].».

¹⁸⁵ RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (II)», ob. cit., pág. 5: «Soll die mittäterschaftliche Tötung des schlafenden Ehemannes durch die Ehefrau und ihren Geliebten nur bezüglich der Ehefrau heimtückisch sein?»

¹⁸⁶ En contra JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, «El elemento psicológico en la alevosía», ob. cit., pág. 453, quien refiriéndose justamente a la conducta indigna del autor alevoso llega a afirmar: «La dignidad es, no cabe duda, un valor social que no sólo merece tutela y defensa del derecho, sino su exaltación social hasta el grado máximo posible».

de protección desde las finalidades atribuidas a las normas en el Derecho penal y cuyo quebrantamiento por tanto fundamente una agravación del delito. Este camino es el que precisamente han tomado los dos siguientes autores.

iii.a) “Los modelos socialmente positivos” de MEYER

El primero de ellos es la autora alemana MEYER, cuyo punto de partida consiste en tratar de superar la postura dominante en la literatura penal según la cual la confianza quedaría restringida a las relaciones especialmente estrechas entre autor y víctima, en especial, por tanto, cuando esta relación está fundada en el matrimonio, la amistad, una relación amorosa u otro vínculo similar¹⁸⁷. Su rechazo a esta noción de confianza, cercana a la acepción moral, se basaría principalmente en que, al exigir la existencia de un vínculo especial entre autor y víctima, opera como un criterio limitativo en exceso, como ocurre cuando por ejemplo impide considerar, a pesar de que parece normativamente lo adecuado, alevosa la muerte de quien socorre en un accidente simulado al efecto, porque evidentemente en estos casos entre autor y víctima no se da ningún vínculo especial¹⁸⁸. Pero también, por otra parte, advierte que este criterio en ocasiones llega a ser demasiado amplio, como por ejemplo cuando, porque existe un vínculo especialmente estrecho entre autor y víctima, permite calificar como alevosa la muerte del tirano familiar a manos de su cónyuge, sin que parezca que en estos casos se haya defraudado una confianza digna de protección por la norma¹⁸⁹. Estas disfunciones en cuanto a los resultados conducen, en la construcción de la autora, a hacer necesario una corrección desde el punto de vista normativo, gracias a la cual el concepto de confianza quede caracterizado, más allá de por la relación estrecha entre autor y víctima, en referencia a modelos de comportamiento positivos típicos socialmente¹⁹⁰.

Según su planteamiento la confianza de la víctima, quebrantada en la comisión alevosa, no consiste en la ausencia en ella de un estado psicológico de miedo o recelo, ni deriva necesariamente de un vínculo especial con el autor, sino que en realidad es una

¹⁸⁷ MEYER, Maria-Katharina, «Zu den Begriffen der Heimtücke und der Verdeckung einer Straftat» (Cuaderno 11), ob. cit., págs. 445 y s.

¹⁸⁸ MEYER, Maria-Katharina, «Zu den Begriffen der Heimtücke und der Verdeckung einer Straftat» (Cuaderno 11), ob. cit., pág. 446.

¹⁸⁹ MEYER, Maria-Katharina, «Zu den Begriffen der Heimtücke und der Verdeckung einer Straftat», (Cuaderno 11) ob. cit., pág. 445.

¹⁹⁰ MEYER, Maria-Katharina, «Zu den Begriffen der Heimtücke und der Verdeckung einer Straftat» (Cuaderno 11), ob. cit., pág. 446.

confianza en los modelos de comportamiento valiosos socialmente, que rigen las relaciones entre los hombres¹⁹¹. Pero esa confianza en los modelos sociales no se identifica simplemente con una expectativa *general*, necesaria para la vida social, en la vigencia de la legalidad, sino que es más bien una esperanza *especial* positiva referida al autor, que surge porque él ha mostrado una disposición positiva a favor de los patrones sociales, exigiendo recíprocamente de la víctima una respuesta no agresiva —en definitiva, confiada— en la que se desconecta su precaución y su escepticismo frente a los extraños¹⁹². Siguiendo el ejemplo de la autora, quien en el transcurso de un viaje en tren adopta una actitud socialmente amistosa con su compañero de viaje, al que sin embargo luego ataca o mata, no sólo defrauda la expectativa legal, necesaria en la vida social, acerca de que no debe matarse, sino que además defrauda la esperanza *especial*, que ese autor ha hecho nacer en la víctima, de comportarse de acuerdo al modelo socialmente positivo del buen compañero de viaje¹⁹³. En cambio, quien hace frente a la víctima con una actitud de abierta enemistad, aunque defrauda la expectativa legal de no matar, no defrauda sin embargo ninguna esperanza *especial* de que fuera a regirse positivamente conforme a reglas sociales de comportamiento¹⁹⁴.

En el modo de comisión alevosa no se produce, entonces, simplemente una ruptura de la expectativa *general* de la vigencia legal de la prohibición de matar, sino el quebrantamiento por el autor de una esperanza, que él *especialmente* sembró en la

¹⁹¹ MEYER, Maria-Katharina, «Zu den Begriffen der Heimtücke und der Verdeckung einer Straftat», en *Juristische Rundschau (JR)*, Cuaderno 12, 1979, pág. 485: «[...] das Opfer verläßt sich auf die im zwischenmenschlichen Verkehr geltenden sozial-ethisch wertvollen Verhaltensmuster».

¹⁹² MEYER, Maria-Katharina, «Zu den Begriffen der Heimtücke und der Verdeckung einer Straftat» (Cuaderno 12), ob. cit., págs. 485 y s.

¹⁹³ MEYER, Maria-Katharina, «Zu den Begriffen der Heimtücke und der Verdeckung einer Straftat» (Cuaderno 12), ob. cit., págs. 485 y s. Un ejemplo de lo planteado arriba lo representa la STS 5129/2010 de 6 de octubre (lesiones alevosas del 148.2): «Por el contrario, los argumentos que utiliza la Sala son razonables y concluyentes para calificar los hechos por el artículo 148.2 Cpenal. Primitivo, se muestra confiado por la actitud pseudoamistosa de los tres individuos que se interesan por sus perros como medio de abordarle, se agacha a cogerlos ante el temor expresado por los otros de que mordieran y en esa postura le golpean de improviso sobre la cabeza logrando abatirle sin ninguna resistencia».

¹⁹⁴ MEYER, Maria-Katharina, «Zu den Begriffen der Heimtücke und der Verdeckung einer Straftat» (Cuaderno 12), ob. cit., pág. 486. Ejemplo de esto último podría ser la STS 5289/2010 de 6 de octubre: «En el caso, la agresión se ejecuta en el marco de una persecución iniciada por los agentes de la autoridad a bordo de sus motocicletas después de que el acusado, conduciendo su vehículo hiciera caso omiso de las órdenes de detenerse en un control establecido para la detección de elementos terroristas e iniciara una huida, en el curso de la cual obligó a uno de los agentes a retirarse a un lado para evitar ser atropellado. Por lo tanto, además de que ya puede esperarse un acto agresivo por parte de quien no se detiene en un control policial debidamente señalado, en el caso, el acusado ya había ejecutado poco antes un acto seriamente violento contra otro agente, por lo cual los agentes que le perseguían pudieron considerar la posibilidad de que tales actos violentos se repitieran, al menos con intensidad similar a los ya ejecutados».

víctima con su disposición positiva, de que se regiría conforme a modelos socialmente positivos de comportamiento. Que este último quebrantamiento sea especialmente reprochable, y dé lugar a una agravación del delito, lo explica MEYER en razón a que estos modelos y la confianza depositada en ellos constituyen la base de las relaciones o comunicación entre los hombres y, por tanto, de la posibilidad de la convivencia social. De modo que «si hubiera que recomendar a los hombres renunciar a esto, entonces la vida en común humana pronto sería insoportable»¹⁹⁵.

Con esta última justificación la autora parece haber situado el asunto de la confianza justamente sobre el plano relevante de lo normativo, pues pretende que únicamente se torne penalmente relevante aquella confianza, cuyo quebrantamiento pondría en riesgo el fin perseguido por las normas penales de defender la vida social. Sin embargo, lo dudoso en su planteamiento es hacer coincidir la protección de la convivencia social atribuida a las normas penales con una defensa de modelos de conducta social positivos. Porque si ciertamente al Derecho penal le corresponde salvaguardar la vida en común, no parece, en cambio, estarle atribuida la labor de defender el rol del buen viajero, el modelo del buen esposo o cualquier otro tipo social estimado positivamente. Lo importante penalmente no está en que el autor no se ajustó a ciertas reglas sociales, sino en su no adecuación a la legalidad; lo importante no es que incumpliera determinados roles o papeles positivos esperados socialmente, sino en que defraudara las expectativas legales de no matar, es decir, que matara. Porque lo que hace imposible la vida social no es la infracción de los modelos considerados socialmente positivos —no siendo un buen compañero de viaje o un buen cónyuge—, sino incumplir

¹⁹⁵ MEYER, Maria-Katharina, «Zu den Begriffen der Heimtücke und der Verdeckung einer Straftat» (Cuaderno 12), ob. cit., pág. 486: «*Müßte man den Menschen empfehlen, hierauf zu verzichten, dann würde das menschliche Zusammenleben bald unerträglich sein*». En el mismo sentido HASSEMER, Winfried, *Por qué no debe suprimirse el Derecho penal*, ob. cit., pág. 12: «Sin la seguridad de una expectativa no podríamos existir, pues de lo contrario tendríamos que concebir nuestro mundo todos los días y tendríamos que fundamentar nuevamente aquello que consideramos como correcto». En nuestra doctrina pueden también encontrarse antecedentes de la postura de MEYER. Así JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, «El elemento psicológico en la alevosía», ob. cit., consideró en los años 50 que lo propio del comportamiento alevoso consistía, pese a aderezar su exposición con variadas pinceladas morales, en un quebrantamiento de la confianza en las leyes que rigen la convivencia social, cuando caracterizando a quien actúa alevosamente afirmaba (pág. 452): «siendo sujeto de conducta solapada es poco de fiar, puesto que resulta peligroso para la alegre y confiada convivencia humana, fundada en leyes sociales que se basan en una franca y recíproca confianza de los unos, en la conducta de los otros, según el orden y medida normalmente aceptados. Mostrando falso respecto y amistad hacia los demás, el taimado o pérfido trae en la cara cosa distinta que en el corazón, según expresivamente dibujaron los clásicos, y acecha, ocultamente, el momento propicio de hallarse desprevenida la víctima para caer sobre ella y dar el salto predatorio o vengativo que yacía, traidoramente, reservado en el fondo de su corazón»

el mínimo de ordenación necesario e inevitable para la convivencia que es el derecho —atacando o quitando la vida al otro—. Si, en realidad, sucediera, como pretende la autora, que la infracción de algún modelo social hiciera insoportable la vida en común, entonces su cumplimiento dejaría de considerarse una expectativa meramente social, para convertirse en una expectativa legal amenazada por determinadas consecuencias jurídicas.

Si esto ocurre en términos generales respecto de la misión del Derecho penal, nada parece respaldar, por otro lado, que desde la perspectiva concreta del artículo 22.1, que parece hablar únicamente de una modalidad de comisión, se esté tratando de proteger modelos de conducta socialmente aprobados. E incluso cuando se pudiera considerar que ésta fuera realmente la pretensión del 22.1, tampoco se entendería por qué con base a esto el delito alevoso se habría de convertir en más grave; pues, ¿qué añade en gravedad el quebrantamiento de expectativa social de, por ejemplo, no haber respondido al modelo del buen compañero de viaje o del buen cónyuge —lo que no parece merecer demasiado reproche y menos un especial reproche— en comparación con la gravedad infinitamente más intensa de contradecir la expectativa legal acerca de que no debe matarse? En la ruptura de la confianza social en modelos de comportamiento positivos, a pesar de lo que pretende la autora, no parece contenerse un especial reproche capaz de hacer de la comisión alevosa un delito más grave.

iii.b) “La invocación de la comunidad” de JAKOBS

Una segunda propuesta, con cierto paralelismo con la postura anterior, dirigida a establecer una confianza de corte normativa se encuentra en JAKOBS, quien en cambio abandona la referencia a modelos socialmente positivos de comportamiento. Este autor parte de que lo característico en los casos de alevosía ocurre cuando el autor acuerda con la víctima una empresa en común, para después aprovechar la situación, en la que cae la víctima en función del acuerdo, para matarla¹⁹⁶. Siguiendo este esquema característico, en la comisión alevosa se diferencian dos elementos: a) un abuso del autor de la confianza manifestada por parte de la víctima (pero además) b) un reclamo

¹⁹⁶ JAKOBS, Günther, «Anmerkung zum BGH-Urteil vom 4.7.1984 – 3StR 199/84 (LG Mannheim)», ob. cit., pág. 997: «Wenn nämlich der Täter mit dem Opfer ein gemeinsames Unternehmen verabredet, um sodann die Lage, in die das Opfer verabredungsgemäß gerät, zu dessen Tötung auszunutzen [...]»

del autor a la víctima de confianza con objeto de dañarla. Desde la concurrencia de ambos elementos cabe determinar el concepto de confianza relevante penalmente desde la perspectiva de JAKOBS: se trataría de una confianza no sólo de la que se abusa, sino además que se reclama o, mejor dicho, es una confianza reclamada por el autor con la finalidad de abusar de ella.

La operatividad de este concepto de confianza se ejemplifica en relación con el caso de la sentencia del Tribunal federal alemán [*Bundesgerichtshof (BGH)*] comentada por JAKOBS¹⁹⁷. Los hechos del caso son relatados como sigue: La acusada se empeñó en ganarse al testigo K. y desplazar de su lado a la posterior víctima Helga Z. Después de que en el curso de la noche de los hechos, en un local, durante el viaje común en taxi y en el apartamento de la acusada se hubiera llegado repetidamente a enfrentamientos, en parte de hecho, entre las dos mujeres a causa de la rivalidad y en presencia de K., ambas intercambiaron entre sí, mientras K. dormía después de una relación sexual con Helga Z., caricias hasta que la acusada se dio por satisfecha sexualmente. Cuando a continuación Helga Z. amenazó con que contaría a otros de la inclinación bisexual de la acusada, ésta ató a Helga Z. manos y pies para evitar así que abandonara por la noche el piso. Helga Z. estuvo de acuerdo tendiendo a la acusada de buena gana brazos y piernas. Ella quería demostrar así a la acusada, que no tenía intención de marcharse secretamente durante la noche. Una vez atada se llegó de nuevo a una fuerte disputa, solamente de palabra, entre las mujeres, que se unió con graves insultos mutuos. A causa de la rabia, ira y celos así como por el conocimiento de que Helga Z. atada no se podía defender, se decidió en este momento la acusada, que estaba bajo la influencia del alcohol, a matarla. La acusada se puso de rodillas detrás de Helga Z., le puso en torno al cuello un pañuelo doblado y la estranguló.

Tras la narración del caso, ateniéndonos a la caracterización de la confianza en JAKOBS no podría afirmarse la concurrencia de alevosía: sobre la base de los hechos puede hablarse de una confianza manifestada por la víctima de la que se abusa, sin embargo la víctima manifiesta la confianza debido a que quiere demostrar su

¹⁹⁷ Se trata en concreto de la siguiente sentencia: BGH, Urteil vom 4. 7. 1984 – 3 StR 199/84 (LG Mannheim).

disposición a no abandonar el apartamento, y no porque exista una petición en ese sentido por parte de la acusada¹⁹⁸.

Evidentemente esta determinación del concepto de confianza penalmente relevante responde, como en el caso de MEYER, a razones de carácter normativo. Para JAKOBS, sin embargo, la misión de protección de la convivencia social encomendada a las normas penales no se identifica, a diferencia de MEYER, con la salvaguarda de modelos de conducta socialmente positivos, sino con una defensa del propio sistema normativo. JAKOBS decide establecer el límite de la confianza penalmente relevante, y por tanto de la alevosía, en la petición de confianza en lugar de en el mero abuso, porque, según piensa, la petición de confianza frente al abuso, en tanto el más alto grado de perversión de la confianza, representa un ataque contra el orden normativo en el más alto grado posible; mientras el abuso de confianza infringe las reglas de la vida en común, la petición de confianza utiliza esas reglas para destruir la vida en común. Obra alevosamente, dice JAKOBS, quien reivindica la comunidad para su destrucción [*Heimtückische handelt, wer Gemeinsamkeit zu ihrer Zerstörung fordert*]¹⁹⁹.

También en JAKOBS está presente, por tanto, una invocación pero, a diferencia de la postura de MEYER, no de modelos de conducta positivos socialmente, sino de la

¹⁹⁸ Este mismo caso es analizado por MEYER, Maria-Katharina en el artículo «Zum Mordmerkmal der Heimtücke», en *Juristische Rundschau (JR)*, Cuaderno 4, 1986, pág. 133 y ss., llegando desde su concepción de los modelos de comportamiento socialmente positivos a la misma solución de negar el comportamiento alevoso. Para MEYER la acción convenida de atar a la víctima podría interpretarse dentro de un modelo de comportamiento socialmente positivo, si la víctima hubiera pretendido con su consentimiento realizar un gesto de apaciguamiento respecto a la anterior situación de conflicto, que hubiera sido interpretado en este mismo sentido por la autora. Sin embargo, según MEYER, éste no llega a ser el caso ni para la víctima ni tampoco para la autora. Con su consentimiento la víctima sólo quería demostrar que no abandonaría la casa. A su vez la autora realizó la atadura para evitar que la víctima abandonara la casa. Por tanto, «[l]a víctima en virtud de todo esto sólo podía partir, en el sentido de una expectativa general en la legalidad, de que la autora se atendería a la ley, y por tanto respetaría su vida. La víctima no podía extraer [en cambio] una expectativa especial a causa de un modelo de comportamiento socialmente positivo de la autora; la autora no obraba en contradicción respecto al comportamiento adoptado por ella. Su proceder no fue alevoso [*Das Opfer konnte nach alledem nur im Sinne einer allgemeinen Legalitätserwartung davon ausgehen, daß die Täterin sich an das Gesetz halten, also ihr Leben achten werde. Eine spezielle Erwartung aufgrund eines sozialethisch-positiven Verhaltensmuster der Täterin konnte das Opfer nicht gewinnen; die Täterin handelte nicht im Widerspruch zu dem von ihr eingenommen Verhalten. Ihr Vorgehen war nicht heimtückisch*]» (pág. 138).

¹⁹⁹ JAKOBS, Günther, «Anmerkung zum BGH-Urteil vom 4.7.1984 – 3StR 199/84 (LG Mannheim)», ob. cit., pág. 997. Quizá convenga trazar aquí un cierto paralelismo con el tratamiento de la cuestión de la verdad en el pensamiento de KANT. Quien miente no sólo atenta contra la verdad, sino que en realidad para mentir necesita una invocación de la verdad como regla. Solamente porque la verdad está supuesta como regla y el mentiroso reivindica y aprovecha esa regla, haciendo aparecer sus palabras como verdaderas, es posible la mentira. En cambio el engaño sería imposible en una situación en que mentir fuera la regla. La mentira necesita de la verdad; consigue su efecto porque tiene aspecto de verdad.

misma comunidad²⁰⁰. Sin embargo, comunidad no debe entenderse aquí como sinónimo de la pluralidad de los miembros que la conforman²⁰¹, sino al contrario como lo común²⁰² [*Gemeinschaft*] a la pluralidad de los miembros, precisamente en el mismo sentido que tiene la *Respublica* [cosa pública; lo común a todos] en Roma o la *Politeia* en Grecia, es decir, aquello que pone en común las vidas separadas de cada individuo, en definitiva, las reglas que ordenan la convivencia [orden jurídico], constituyendo comunidad [vida común]. La necesidad de mantener esas condiciones de la vida común, que son las normas, frente a este ataque extremo consistente en su reivindicación para mejor atacarlas, justifica para JAKOBS dirigir un especial reproche a la comisión alevosa del autor, que convierte a esta modalidad de actuación en un delito más grave.

Por una parte, la solución propuesta para la alevosía por JAKOBS es perfectamente congruente con su planteamiento general acerca del Derecho penal y su misión. La tarea de las normas jurídico-penales consiste ciertamente en defender la convivencia social, pero esto sólo se consigue asegurando el propio orden normativo, ya que, según el autor, «existe sociedad cuando y en la medida en que hay normas reales»²⁰³. Si la comisión alevosa ataca de forma particularmente grave el orden jurídico, porque no sólo infringe las normas sino que se aprovecha de ellas para su infracción, poniendo así gravemente en riesgo la convivencia, eso ha de merecer un especial reproche por parte del Derecho penal. Sin embargo, no desde todo posicionamiento general acerca del Derecho penal se necesita comulgar con este planteamiento. Bien

²⁰⁰ La postura de JAKOBS es en buena parte compartida por OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, Edit.: Walter de Gruyter, 5ª edición releaborada, Berlín-Nueva York, 1998, pág. 19 y s. (§4 nm. 25): «El aprovechamiento de una relación de confianza o el abuso de la confianza fundada de la víctima para la ejecución del hecho aparece aquí como el criterio esencial de cualificación. El aprovechamiento de una relación de confianza (amistad, amor, matrimonio y similares) para la realización del hecho o el abuso de la confianza fundada de la víctima, a la que el autor ha hecho que se desprevenida, representa un ataque, que va más allá de la concreta muerte, contra los principios de confianza de la comunidad jurídica. El mero abuso de los modelos de comportamiento social positivos (buena disposición y amabilidad) frente a esto aparecen como una lesión todavía no tan grave de estos principios de confianza [Die Ausnutzung eines Vertrauensverhältnisses oder der Mißbrauch begründeten Vertrauens des Opfers zur Ausführung der Tat erscheint hier als das wesentliche Qualifikationskriterium. Die Ausnutzung eines Vertrauensverhältnisses (Freundschaft, Liebe, Ehe o.ä.) zur Durchführung der Tat oder der Mißbrauch begründeten Vertrauens des Opfers, das der Täter arglos gemacht hat, stellt einen über konkrete Tötung hinausgehenden Angriff auf die Vertrauensgrundlage der Rechtsgesellschaft dar. Der bloße Mißbrauch sozial-positiver Verhaltensmuster (Hilfsbereitschaft und freundliches Entgegenkommen) erscheint demgegenüber als noch nicht so gravierende Verletzung dieser Vertrauensgrundlagen]».

²⁰¹ Segunda acepción de “comunidad” en la RAE: conjunto de personas de un pueblo, región o nación.

²⁰² Primera acepción de “comunidad” en la RAE: cualidad de lo común (|| que, no siendo privadamente de ninguno, pertenece o se extiende a varios)

²⁰³ JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría de la pena*, ob. cit., pág. 16.

puede entenderse que aunque la misión del Derecho penal sea la protección de la convivencia, esto no pasa necesariamente por la estabilización del orden normativo, sino por la protección de bienes jurídicos concretos²⁰⁴. Se puede considerar el Derecho penal desde un enfoque general, en que no se reprocha el hecho en sí de que se haya infringido la norma, sino que con dicha infracción se haya puesto en peligro o lesionado un bien jurídico. Si es así, el modo en que se infringe la norma —especialmente grave de utilizarla para infringirla— resulta irrelevante si en el fondo haber adoptado otro modo de infringir la norma hubiera conducido a la misma puesta en riesgo o lesión del bien jurídico. No parece, por tanto, que desde cualquier posición pueda justificarse la solución de JAKOBS. Pero incluso asumiendo su enfoque acerca del Derecho penal, todavía quedaría la duda de por qué la modalidad alevosa, siendo en general el ataque más grave que puede dirigirse al orden normativo, sólo tiene relevancia agravante frente a una pequeña parte del ordenamiento —en principio los delitos contra las personas aunque su ámbito de aplicación como se verá en el capítulo 3 es todavía más reducido— y en cambio para el resto del ordenamiento un modo de comisión que invocará y se aprovechará de la confianza ajena o bien no tiene incidencia de cara a la agravación, o incluso disminuye la gravedad del delito —hurto en lugar de robo con fuerza o intimidación— o lo convierte directamente en impune —coacciones no violentas—.

También resulta discutible, en segundo lugar, por qué razón todo caso en que el autor llegue a un acuerdo con la víctima solicitando su confianza tiene que interpretarse

²⁰⁴ Por ejemplo véase la crítica de MIR PUIG, Santiago, contra lo que el llama “normativismo radical” de JAKOBS, en «Límites del normativismo en Derecho penal», ob. cit., pág. 13: «Los bienes jurídicos-penales han de verse como concreciones de estos intereses reales de los individuos, directos o indirectos, que merecen por su importancia fundamental la máxima protección que supone el Derecho penal. Así entendidos, han de constituir la referencia básica para determinar la función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho» y también pág. 14: «Situar los intereses de los ciudadanos en el centro de los objetivos del Derecho penal, concediendo a ésta la función de prevención de ataques a bienes jurídico-penales como forma de protegerlos proporcionada al sacrificio de derechos fundamentales del reo, es enfatizar la subordinación del poder punitivo del Estado al servicio de las personas. Los bienes jurídico-penales más indiscutibles han sido reconocidos como derechos humanos por las declaraciones internacionales, y como estos derechos humanos representan intereses del individuo frente al Estado. Por el contrario, prescindir de esta referencia individual y poner en su lugar las normas jurídicas, como objeto central de protección del Derecho penal, subraya la sujeción de los individuos al poder estatal. Las normas jurídicas son manifestación del poder y limitan la libertad de sus destinatarios. Erigirlas en el objeto último de protección por parte del Derecho penal supone considerarlas valiosas en sí mismas, esto es, supone considerar valiosa por sí misma la restricción de la libertad que implican. Ello no puede aceptarse desde una perspectiva democrática. Las normas jurídicas no son un fin en sí mismo, sino un mal necesario al que sólo es lícito acudir cuando no hay otro remedio, cuando la restricción de la libertad es necesaria, idónea y proporcionada para el mantenimiento de intereses fundamentales de los individuos. Las normas jurídicas no son un bien en sí mismas que sirva para justificar la intervención penal, sino, al contrario, un mal necesitado de justificación».

como una invocación y aprovechamiento del orden jurídico. Quien por ejemplo simulando un accidente pide la ayuda de un vehículo para acabar con sus ocupantes, seguramente podría estar invocando y aprovechándose, aun sin saberlo, del artículo 195 del Código penal que regula la omisión del deber de socorro. Pero, ¿cuál es la norma jurídica invocada en el caso de quien pide fuego aprovechando el despiste de quien se busca en la chaqueta para matarle? Aquí únicamente opera la regla no escrita de la cordialidad en las relaciones humanas. Entender que sólo existe alevosía cuando el autor reivindica una norma jurídica supondría una limitación del ámbito de aplicación de la circunstancia, que en ningún caso parece ser la pretensión del artículo 22.1²⁰⁵. Si no es así, si no se necesita invocar ninguna norma jurídica concreta, entonces volvemos a la posición rechazada de las reglas de conducta socialmente positivas de MEYER.

iv) Conclusión

La primera crítica de carácter general que debe dirigirse a la solución de la ruptura de la confianza consiste en lo que ha sido denominado por ARZT la elasticidad al “modo de un acordeón” de su definición²⁰⁶. En efecto, como se ha comprobado, la noción de confianza es susceptible de emplearse en diferentes sentidos, entre los que se han distinguido tres; uno psicológico, otro moral y un tercero normativo-jurídico.

Respecto a una confianza de raíz psicológica, no merece la pena detenerse demasiado, sino únicamente repetir que el quebrantamiento de un estado de confianza personal (y quién sabe si disparatado) difícilmente puede motivar reproche alguno desde

²⁰⁵ Una crítica similar RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (II)», ob. cit., pág. 4: «Todas estas dificultades [de la solución de la ruptura de la confianza] se podrían atenuar si uno exigiera adicionalmente para la circunstancia de alevosía que el autor tenga que haber *hecho creer* a la víctima (o a la persona que la protege) que está en confianza. Pero porque tales casos son proporcionalmente raros y por lo demás también difícilmente demostrables, se reduciría la significación de la alevosía a una medida no defendible [*All diese Schwierigkeiten könnten abgeschwächt werden, wenn man für das Heimtückemerkmal zusätzlich fordern würde, daß der Täter das Opfer (oder die Schutzperson) in Vertrauen gewiegt haben muß. Aber da solche Fälle verhältnismäßig selten und im übrigen auch schwer nachweisbar sind, würde sich die Bedeutung der Heimtücke auf ein nicht vertretbares Maß reduzieren*]».

²⁰⁶ ARTZ, Günther, «Die Einschränkung des Mordtatbestandes. Anmerkung zur jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs», en *Juristische Rundschau (JR)*, Cuaderno 1, 1979, pág. 11: «*ziehharmonikaartigen Dehnbarkeit der Vertrauensmissbrauchsdefinition*». De igual forma RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (II)», ob. cit., pág. 4, quien sostiene «[...] que la tesis de la ruptura (reprochable) de la confianza no tiene contornos aprehensibles. A ello se añade la disputa de si la confianza debe determinarse ‘fáctica’ o ‘normativamente’ [...] *daß die These vom (verwerflichen) Vertrauensbruch ohne greifbare Konturen ist. Hinzu kommt der Streit, ob das Vertrauen ‚faktisch‘ oder ‚normativ‘ zu bestimmen ist*»

el Derecho penal, y menos un reproche que alcance el grado de gravedad (extremo) del asesinato. En cuanto a una confianza basada en motivos morales, la rigurosidad de este criterio —alevosamente actuaría únicamente quien antes fue moralmente digno de confianza— además de reducir enormemente el ámbito de aplicación de la alevosía, conduciría a proteger penalmente nociones del mundo moral tales como la lealtad o la fidelidad, cuya defensa no cabe encomendar ni al artículo 22.1, ni en general al Derecho penal.

Más relevante resulta en cambio un concepto de confianza construido jurídico-normativamente. Parece acertado afirmar que sólo puede aparecer una confianza relevante para el Derecho penal, ahí donde con su quebrantamiento se pondría en riesgo la finalidad normativa de defensa de la vida social. Sin embargo, a partir de aquí no resulta ya tan evidente sostener, como se pretende desde la postura de MEYER, que la protección de la convivencia en sociedad, encomendada a las normas penales, coincida con la defensa de las expectativas engendradas por los modelos de comportamiento socialmente positivos. Quien no respeta un rol social quebranta esperanzas sociales, pero no forzosamente expectativas del Derecho, porque la sociedad puede tener esperanzas que vayan mucho más allá de lo jurídicamente necesario para la ordenación de la convivencia. Meras expectativas sociales que no alcanzan el nivel de lo jurídico, debido a que su quebranto no pone en riesgo el orden social, no pueden constituir la base de un reproche tal que sea capaz de dar lugar a una agravación del delito. En cambio, la propuesta de JAKOBS parece superar esta dificultad, pues considera que la defensa normativa de la vida social no pasa por un aseguramiento de la confianza en modelos socialmente positivos, sino por el mantenimiento de la confianza en el propio orden normativo. No obstante, el problema en el planteamiento de JAKOBS consiste en que no toda concepción general del Derecho penal, aun siendo de carácter normativista, debe compartir dicho enfoque. Es posible sostener que el fin de las normas penales sea también la salvaguarda de la convivencia social, sin estar de acuerdo en cambio en que esa defensa se reduzca al aseguramiento del orden normativo. Según esta última perspectiva lo relevante no sería la forma —especialmente grave de invocarlo, para mejor atacarlo— en que se ataca al orden normativo, sino el mero hecho de que se ataque lesionando o poniendo en riesgo bienes jurídicos. Pero aun salvando esta dificultad, presuponer, como pretende el autor, que tras toda comisión alevosa existiría

una invocación del orden normativo, exigiría reconocer como alevosos únicamente aquellos casos en que se pudiera identificar la concreta norma del ordenamiento de la que se habría aprovechado el autor en su ejecución. Si, en cambio, JAKOBS no exige la identificación de la norma concreta, entonces se referirá a una ordenación normativa de la convivencia, donde normativo no tiene un sentido estrictamente jurídico, sino más bien una connotación social, que recuerda los modelos socialmente positivos de MEYER.

Sin embargo, no todas las dificultades de la solución de la confianza proceden de la pluralidad de sentidos que arroja el término “confianza”, ni de las subsiguientes dificultades jurídicas para aceptar cualquiera de esos sentidos. Independientemente de la manera en que se defina la confianza, su concepto siempre excluirá buena parte de los casos pertenecientes a una modalidad, reconocida ampliamente en la doctrina y jurisprudencia, de comisión alevosa; los ataques sorpresivos²⁰⁷. Evidentemente resulta siempre posible justificar de alguna manera que quien quebranta la confianza de la víctima, provoca en ella consecuentemente una cierta sorpresa en sus expectativas. La víctima confiaba (psicológica, moral o normativamente) en un curso de los acontecimientos —el autor no atacaría su vida—, que para su sorpresa no se sigue en la realidad —porque efectivamente la ataca—. Sin embargo, esta justificación no se deja recorrer en sentido opuesto, porque, en cambio, quien consigue sorprender a la víctima, no siempre se aprovecha de su confianza. La víctima puede mantener una actitud de

²⁰⁷ RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (II)», ob. cit., pág. 5, quien refiriéndose a la solución de la ruptura de la confianza afirma que «los atentados (terroristas) así como los ataques sorpresivos evitarían por completo la alevosía [*Gänzlich der Heimtücke entzogen würden (terroristische) Attentate sowie plötzliche Überfälle*]». SPENDEL, Günter, «„Heimtücke“ und gesetzliche Strafe bei Mord. Zum Urteil des BGH v. 26. 8. 1982 – 4 StR 357/82», en *Juristische Rundschau (JR)*, Cuaderno 7, 1983, pág. 270: «Resulta desencaminado negar un homicidio alevoso p. ej. por falta de un quebrantamiento de la confianza ahí donde el autor ataca desde atrás y apuñala a un transeúnte desprevenido, y en cambio a lo mejor afirmarlo a causa de relaciones familiares, cuando una chica de quince años y medio derriba a su padrastro, un ‘colérico gigantesco’ y alcohólico, desde atrás con una sartén [*Es ist abwegig, eine heimtückische Tötung z. B. dann mangels Vertrauensbruchs zu verneinen, wenn der Täter der ahnungslosen Passanten von hinten anfällt und niedersticht, dagegen womöglich wegen der familiären Beziehung zu bejahen, wenn ein 15 ½ jähriges Mädchen seinen Stiefvater, einen ‚hünenhaften Wüterich‘ und Alkoholiker, von hinten mit einer Bratpfanne niederschlägt*]». Además de a la sorpresiva podría ampliarse las dificultades de la solución de la ruptura de la confianza a otra de las modalidades reconocidas por el Tribunal Supremo, esto es, la proditoria caracterizada por la asechanza, la emboscada o la trampa, en la medida en que esta última modalidad también parece fundarse en la sorpresa. RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (II)», ob. cit., pág. 5: «Así la alevosía no puede depender en [la sentencia] BGHSt 2, 60 de si el autor aprovecha para matar el abrazo lleno de confianza o se venga un día más tarde acechando a su víctima desde una emboscada [*So kann in BGHSt 2, 60 die Heimtücke nicht davon anhängen, ob der Täter die vertrauensvolle Umarmung zur Tötung ausnutzt oder sich einen Tag später rächt, indem er seinem Opfer aus einem Hinterhalt heraus auflauert*]»

fuerte desconfianza (psicológica, moral o normativa) acerca de lo que ocurrirá, y a pesar de su falta de confianza ser sorprendida por el modo concreto de comisión con que el autor produce su muerte. En estos casos sorprendivos no parece que, aunque no exista confianza, hubiera que negar por principio la circunstancia de alevosía. Como ejemplo sirve el de GEILEN del parlamentario que intervenía en una toma de rehenes, pero introduciendo la modificación de que en este caso los terroristas no hacen promesa alguna acerca de que respetarán su vida. Evidentemente, aquí no puede hablarse, como tampoco antes, de una confianza psicológica, ni tampoco moral. Sin embargo, ahora tampoco existe una confianza normativa, independientemente de cualquiera que fuera el sentido en que se tomara este término, porque aquí no existe ya ninguna regla en que la víctima pueda basar su confianza. En caso de que los secuestradores mataran al parlamentario, de ningún modo habrían invocado ni se habrían aprovechado de regla alguna, en la que confiara la víctima. Sí podrían haberse aprovechado, en cambio, de la sorpresa del parlamentario. Aunque éste no puede confiar en que no le matarán, cabe aún sorprenderle sobre el concreto modo en que le matarán; los secuestradores podrían utilizar como factor sorpresa que eliminara la defensa del parlamentario asegurando su muerte, por ejemplo, veneno en la comida o acaso un ataque mientras duerme.

1.3.d) La solución de la victimología o victimo-dogmática

La victimología, según ROXIN, consiste en la teoría criminológica encargada del estudio de la influencia del comportamiento de la víctima en la delincuencia²⁰⁸. Sin embargo, para este mismo autor, hace ya algún tiempo desde la criminología esta teoría se habría trasplantado a la dogmática jurídico-penal, planteando como cuestión central «qué efectos tiene para el injusto una corresponsabilidad de la víctima en los hechos»²⁰⁹. ROXIN responde a esta cuestión afirmando que «cuando la cooperación de la víctima no lleva a una interpretación que conduzca a la falta de pena del comportamiento del autor —y así sucederá en la mayoría de los casos—, producirá una disminución del injusto material y actuará atenuatoriamente en la medición de la pena»²¹⁰. Pero, a pesar de esta

²⁰⁸ ROXIN, Claus, «Cuestiones básicas de la teoría del injusto», en *Política criminal y estructura del delito*, ob. cit., pág. 65. CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, ob. cit., pág. 233, en sentido similar define la victimología «como aquella parte de la criminología que se ocupa de la víctima».

²⁰⁹ ROXIN, Claus, «Cuestiones básicas de la teoría del injusto», ob. cit., pág. 65.

²¹⁰ ROXIN, Claus, «Cuestiones básicas de la teoría del injusto», ob. cit., pág. 72.

consecuencia evidente del planteamiento victimológico para la dogmática penal, se queja, sin embargo, de que «todavía está pendiente la elaboración pertinente respecto de la influencia del comportamiento de la víctima en la exclusión del injusto y la culpabilidad»²¹¹.

i) “La exclusiva responsabilidad del autor” de MÜSSIG

En un intento de llenar este vacío dogmático, MÜSSIG ha estudiado en el ámbito de la distinción entre homicidio y asesinato la influencia del comportamiento de la víctima²¹². Según piensa este autor, apoyándose en la tendencia de la reciente jurisprudencia alemana²¹³, la posibilidad de diferenciar el asesinato del homicidio resulta en gran parte independiente de los conceptos, empleados hasta el momento, de peligrosidad (1ª solución) y reprochabilidad (2ª solución), y en cambio está más bien ligada a consideraciones normativas acerca de la responsabilidad del hecho o de la motivación del hecho²¹⁴. Según esta perspectiva lo característico del asesinato, que justifica un reproche por un injusto más grave que el del homicidio, consiste en una *exclusiva* responsabilidad del autor por el hecho y por el contexto del hecho, debida a

²¹¹ ROXIN, Claus, «Cuestiones básicas de la teoría del injusto», ob. cit., pág. 72.

²¹² Esta posibilidad fue, sin embargo, ya entrevista a finales de los años setenta por ARTZ, Gunther, «Die Einschränkung des Mordtatbestandes», ob. cit., pág.12, nota al pie 34. También más tarde aunque fue rechazada y no desarrollada por RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (I)», ob. cit., pág. 973: «La tesis de la protección de la víctima del Tribunal Federal [alemán] se podría sin embargo probablemente todavía mantener, si se acentúa la corresponsabilidad de la víctima y acaso por su participación en el enfrentamiento se considera disminuido su merecimiento de protección, y por tanto se amplía como resultado el elemento de la falta de prevención en una suerte de componente de imprudencia, el cual conduce a la aceptación de que, en casos de este tipo, la falta de prevención de la víctima estaría ‘infundada’ y por eso no estaría necesitada de protección. Un tipo de asesinato en tal medida dependiente de la pregunta de si el autor ha aprovechado o no una falta de prevención ‘fundada’ sin embargo debe ser rechazada, porque ni acierta con lo esencial ni puede ser generalizado. Traslada la cuestión de la delimitación demasiado al lado de la víctima y deja de lado la posición de autor [Die Opferschutz-These des BGH könnte man allerdings dann wohl noch aufrechterhalten, wenn man die Mitverantwortung des Opfers betont und dessen Schutzwürdigkeit etwa durch seine Beteiligung an der Auseinandersetzung für gemindert hält, im Ergebnis also das Merkmal der Arglosigkeit um eine Art Fahrlässigkeitskomponente erweitert, die zu der Annahme führt, in derartigen Fällen sei die Arglosigkeit des Opfers ‘unbegründet’ und deshalb nicht schutzbedürftig. Ein solchermaßen von der Frage, ob der Täter ‘begründete’ Arglosigkeit ausgenutzt hat oder nicht, abhängiger Mordtatbestand ist aber abzulehnen, weil er weder das Wesentliche trifft noch verallgemeinert werden kann. Er verlagert die Abgrenzungsfrage zu sehr auf die Opferseite und vernachlässigt die Einstellung des Täters]».

²¹³ En concreto se trata de la siguiente sentencia BGHSt 48, 207, de la que más tarde nos ocuparemos, dictada por la sala primera de lo penal del Tribunal Federal alemán en febrero de 2003.

²¹⁴ MÜSSIG, Bernd, «Normativierung der Mordmerkmale durch den Bundesgerichtshof? Kriterien der Tatverantwortung bzw. Tatverlassung als Interpretationsmuster für die Mordmerkmale», en Gunter WIDMAIER / Heiko LESCH / Bernd MÜSSIG / Rochus WALLAU (eds.), *Festschrift für Hans Dahs*, Edit.: Dr. Otto Schmidt, Colonia, 2005, pág. 118.

que no resulta posible imputar o atribuir normativamente a la víctima haberlo motivado²¹⁵. Dicho de otra manera, si el autor es enteramente responsable, y responde consiguientemente en calidad de asesino en lugar de homicida, se debe a que no puede hacer valer jurídicamente frente a la víctima ningún motivo por el cual ésta fuera responsable. Podría decirse así que en los casos de asesinato la víctima no ha dado al autor ningún motivo, normativamente relevante, para verse afectada por el hecho delictivo, bien porque este motivo fácticamente no existe —casos en los que se escoge al azar la víctima por el solo ánimo de matar—, bien porque existe pero resulta normativamente una nada jurídica —casos en los que escoge a la víctima con “motivo” a) de su raza o nacionalidad²¹⁶, b) de su legítimo ejercicio de un derecho por ejemplo al patrimonio o a la integridad sexual c) de un delito del que por ejemplo la víctima ha sido testigo—²¹⁷.

Si lo anterior sirve como una caracterización en general del asesinato, lo específico de la modalidad alevosa, según MÜSSIG, consiste en el hecho de que la víctima, como consecuencia de no haber dado un motivo al autor para la comisión delictiva, carecerá de la prevención [*Arglosigkeit*]²¹⁸ propia de estos casos²¹⁹. Un ejemplo, para él, de actuar alevoso sería entonces arrojar una piedra desde un puente a vehículos que circulan por una autovía o también el caso de quien para desahogarse apuñala con un cuchillo de cocina en la espalda a un compañero de pensión²²⁰. Sin embargo, de acuerdo al mismo planteamiento, no constituiría una actuación alevosa la

²¹⁵ MÜSSIG, Bernd, «Normativierung der Mordmerkmale durch den Bundesgerichtshof?...», ob. cit., pág. 118.

²¹⁶ En la doctrina en lengua española MILTÓN PERALTA, José se habría hecho cargo en buena parte del planteamiento de MÜSSIG para la justificación la mayor gravedad de los homicidios por odio frente a los homicidios comunes, en su artículo «Homicidios por odio como delitos de sometimiento (Sobre las razones para agravar el feminicidio, el homicidio por odio a la orientación sexual y otros homicidios por odio)», en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Núm. 4, 2013.

²¹⁷ MÜSSIG, Bernd, «Normativierung der Mordmerkmale durch den Bundesgerichtshof?...», ob. cit., esta sería de manera resumida la estructura de su planteamiento general contenido en las págs. 119-124.

²¹⁸ MÜSSIG, Bernd, «Normativierung der Mordmerkmale durch den Bundesgerichtshof?...», ob. cit., pág. 119: «[...] die fehlende Tatveranlassung begründet die Arglosigkeit des Opfers».

²¹⁹ Es opinión dominante en Alemania que mata alevosamente quien con intención hostil aprovecha conscientemente la falta de prevención y la indefensión de la víctima. Véase *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, Edit.: C. H. Beck, 29ª edición reelaborada nuevamente, Múnich, 2014, ESER/STERNBERG-LIEBEN § 211 nm. 23, pág. 2040; KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht. Besonderer Teil I. Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft*, Edit.: Nomos, 5ª edición, Bonn, 2012, pág. 47 (§ 2 nm. 21): «Heimtückisch tötet, wer in feindseliger Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt».

²²⁰ MÜSSIG, Bernd, «Normativierung der Mordmerkmale durch den Bundesgerichtshof?...», ob. cit., pág. 120.

narrada por MÜSSIG en relación con la siguiente sentencia del Tribunal federal alemán [BGH]²²¹: «La posterior víctima (M.) intentaba desde hacía algún tiempo extorsionar al acusado a causa de sus negocios ilegales —la comercialización de copias piratas de CD— y había amenazado con denunciarle y golpearle. El día de los hechos M. junto con un acompañante (Ma.) fue a ver al acusado a su piso. Se bebió vodka. M renovó sus ‘exigencias’ y finalmente dio énfasis a sus amenazas también mediante patadas contra el mobiliario del piso. El acusado en consecuencia entregó al acompañante Ma. una bolsa de plástico con ahorros por valor de aproximadamente 5000 marcos alemanes. M., ya claramente bebido, ‘estaba en ese momento en el salón con las manos en los bolsillos del pantalón. De manera completamente sorpresiva para él, que ‘no esperaba ningún tipo de ataque’, el acusado se puso detrás de él, para matarle. Él [el acusado] estaba furioso porque M. le había querido quitar el dinero ahorrado; él no deseaba dejarse destrozar su existencia por M. Rápido como un rayo tiró hacia atrás la cabeza de M., golpeó reiteradas veces la misma e inmediatamente con un cuchillo de cocina con un filo de 5,8 cm sacado de bolsillo del pantalón [le] cortó reiteradas veces a lo largo del cuello de izquierda a derecha. M se derrumbó e inmediatamente murió’»²²².

Según apunta MÜSSIG, el Tribunal Federal alemán (primera sala de lo penal) revocó la condena por asesinato alevoso, considerando que para determinar en este caso la falta de prevención [*Arglosigkeit*] de la víctima, necesaria tradicionalmente en la jurisprudencia alemana²²³ para la comisión alevosa, resultaba relevante la situación de legítima defensa, independientemente de si los límites de la legítima defensa hubieran

²²¹ BGHSt 48, 207 (211). En nuestra doctrina esta sentencia del BGH ha sido descrita y comentada aludiendo a diferentes autores alemanes por PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Estudios sobre el delito de asesinato*, ob. cit. Sin embargo el autor no comenta la posición de MÜSSIG ante esta sentencia.

²²² MÜSSIG, Bernd, «Normativierung der Mordmerkmale durch den Bundesgerichtshof?...», ob. cit., pág. 126: «Das spätere Opfer (M.) versuchte den Angeklagten seit einiger Zeit wegen illegaler Geschäfte — der Vermarktung von CD-Raubkopien — zu erpressen und hatte mit Anzeigen und Prügeln gedroht. Am Tag suchte M. zusammen mit einem Begleiter (Ma.) den Angeklagten in seiner Wohnung auf. Es wurde Wodka getrunken. M erneuerte seine ‚Forderungen‘ und verlieh schließlich seinen Drohungen auch dadurch Nachdruck, daß er gegen die Wohnungseinrichtung trat. Der Angeklagte gab daraufhin eine Plastiktüte mit Ersparnissen in Höhe von ca. 5000 DM an den Begleiter Ma. heraus. M, schon deutlich betrunken, „stand zu diesem Zeitpunkt mit den Händen in den Hosentaschen im Wohnzimmer. Völlig überraschend für ihn, der ‚keinerlei Angriff erwartete‘, trat der Angekl. hinter hin, um ihn zu töten. Er war wütend darüber, daß M ihm das angesparte Geld wegnehmen wollte; er mochte sich von M nicht seine Existenz zerstören lassen. Blitzschnell riß er den Kopf des M zurück, schlug mehrfach auf denselben und schnitt mit einem aus der Hosentasche gezogenen (...) Küchenmesser mit einer Klinge von 5,8 cm sofort und mehrfach von links nach rechts durch den Hals. (...) M brach zusammen und verstarb umgehend“»

²²³ BGH 2, 251; 7, 218; 9, 385; 32, 382.

sido sobrepasados. Concretamente el Tribunal federal sostuvo, según MÜSSIG, la argumentación siguiente²²⁴. La posterior víctima en realidad resulta ser un atacante, porque lleva a cabo un ataque concreto —extorsión, amenazas...— contra quien más tarde será el autor de su muerte. A éste último, en tanto que objeto de un ataque, el orden jurídico le concede el derecho a la legítima defensa. Pues bien, con el ejercicio de este derecho tiene que contar por principio todo atacante que se encuentre en esta situación. Por tanto el extorsionador bajo las circunstancias aquí dadas no presentará generalmente la característica falta de prevención de la víctima alevosa. Y en correspondencia, en la defensa del extorsionado, convertido después en autor, contra el ataque recibido evidentemente no se aprecia un carácter particularmente alevoso, que sostenga la mayor gravedad del delito. A estas razones el Tribunal Federal añade, por último, que con esta resolución del caso se garantiza la concordancia valorativa con el derecho a la legítima defensa, porque precisamente para una víctima inferior, si la legítima defensa debe tener alguna perspectiva de éxito, se puede mostrar como algo inevitable que se aproveche para la defensa un efecto sorpresa frente aquel que infringe la ley, siendo superior y estando incluso apoyado por un acompañante. No parece, entonces, sistemáticamente justo cargar a la víctima que se defiende con el riesgo, cuando sobrepasa en su defensa las fronteras de lo justificante o también de lo exculpante, de poder llegar a actuar alevosamente.

Para MÜSSIG lo relevante de la anterior fundamentación del Tribunal Federal alemán estriba en que su rechazo de la falta de prevención de un M., que además estaba altamente bebido, no se apoya, o apenas lo hace, en una consideración psicológica, sino que, en cambio, el Tribunal estaría llevando la cuestión de la alevosía hacia un nuevo enfoque normativo —referido a la descarga de responsabilidad del autor (a causa de la actuación de la víctima)—²²⁵. Cuando el Tribunal, según MÜSSIG, aboga por una concordancia valorativa con el derecho de legítima defensa no se refiere a la legítima defensa únicamente en el sentido tradicional —una drástica secuencia de mutuos comportamientos agresivos—, sino que en el fondo está tratando de imputación de consecuencias; el atacante tiene que cargar con las consecuencias defensivas causadas

²²⁴ MÜSSIG, Bernd, «Normativierung der Mordmerkmale durch den Bundesgerichtshof?...», ob. cit., pág. 127.

²²⁵ MÜSSIG, Bernd, «Normativierung der Mordmerkmale durch den Bundesgerichtshof?...», ob. cit., pág. 127.

por su ataque como si fueran su propia culpa, es decir, tiene que responsabilizarse por ellas, y en esta misma medida el que se defiende es descargado de responsabilidad²²⁶. Para MÜSSIG, por tanto, la calificación como asesinato alevoso presupone una exclusiva responsabilidad imputable al autor, la cual se pondría en cuestión no sólo a través de un ataque inmediato o una confrontación agresiva —sentido tradicional de legítima defensa—, sino también mediante un peligro duradero que parte de la (posterior) víctima, en tanto ese peligro le sea imputable, como sería el caso del asesinato alevoso del tirano familiar extremadamente violento²²⁷.

La conclusión que según MÜSSIG debe extraerse de lo todo anterior consiste en que «una conceptualización propiamente normativa de la alevosía puede y tiene que apoyarse en la diferenciación de esferas de responsabilidad; en tanto las circunstancias del hecho sean atribuibles a la responsabilidad de la víctima del hecho, decae el fundamento normativo para la condena por asesinato alevoso»²²⁸. A la vista de esta conclusión, puede decirse que para MÜSSIG la mayor gravedad del asesinato alevoso se fundamenta en la exclusiva responsabilidad del autor, responsabilidad que, en cambio, en los homicidios ordinarios el autor comparte con la víctima, convirtiendo su acción de matar en menos grave²²⁹.

²²⁶ MÜSSIG, Bernd, «Normativierung der Mordmerkmale durch den Bundesgerichtshof? ... », ob. cit., pág. 136.

²²⁷ MÜSSIG, Bernd, «Normativierung der Mordmerkmale durch den Bundesgerichtshof?...», ob. cit., págs. 136 y s.

²²⁸ MÜSSIG, Bernd, «Normativierung der Mordmerkmale durch den Bundesgerichtshof?...», ob. cit., pág. 137: «Eine begriffsinterne Normativierung der Heimtücke kann und muß bei der Differenzierung von Verantwortungssphären ansetzen; soweit Tatstände der Verantwortung des Tatopfers zuzuschreiben sind, entfällt die normative Grundlage für die Verurteilung wegen Heimtückemordes».

²²⁹ De opinión similar GRÜNEWALD, Anette, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, ob. cit., pág. 386: «Una muerte ‘alevosa’ o asesinato se excluye en caso de que la víctima haya dado al autor un motivo para la muerte jurídicamente digno de consideración que disminuya el injusto. En este caso la muerte ocurre cum causa, por lo que el hecho debe ser calificado como muerte dolosa privilegiada o como homicidio. La circunstancia de ‘alevosía’ y su definición básica como el aprovechamiento de la falta de prevención e indefensión según esto ya no se interpreta más fácticamente (en el sentido de: ¿estaba la víctima de hecho desprevenida?), sino normativamente. Debe preguntarse si la víctima debía estar desprevenida; y no debía siempre que ella en conexión inmediata con el hecho (su muerte) ha irrumpido en la esfera jurídica del autor [*Eine ‚heimtückische‘ Tötung oder Mord scheidet aus, falls das Opfer dem Täter einen rechtlich beachtlichen, das Unrecht verringernden Anlass für die Tötung gegeben hat. In diesem Fall erfolgt die Tötung cum causa, weshalb die Tat als privilegierte vorsätzliche Tötung oder als Totschlag zu bewerten ist. Das Merkmal ‚Heimtücke‘ und seine Basisdefinition des Ausnutzens einer Arg- und Wehrlosigkeit wird danach nicht mehr faktisch interpretiert (im Sinne von: war das Opfer tatsächlich arglos?), sondern normativ. Es ist zu fragen, ob das Opfer arglos sein durfte; und dies durfte es nicht, wenn es in unmittelbarem Zusammenhang mit der Tat (seiner Tötung) in den Rechtskreis des Täters eingebrochen ist*]).».

ii) Crítica a la posición de “exclusiva responsabilidad del autor” de MÜSSIG

Entrando ya en la crítica a la solución propuesta por MÜSSIG para la mayor gravedad de la comisión alevosa, deberíamos cuestionarnos, en primer lugar, la supuesta evidencia de que compartir la responsabilidad respecto a un hecho entre diferentes acciones, conduce necesariamente a la menor gravedad de las acciones involucradas. Compartir la responsabilidad no significa partirla y repartirla, dando lugar a responsabilidades más pequeñas. Si fuera así concebiríamos la responsabilidad de manera material, al modo de una tarta, de la que se van tomando partes hasta que no quede nada. Pero esto no es así, como bien se demuestra desde la teoría de la autoría y la participación: por ejemplo, los coautores de un asesinato comparten la responsabilidad, dado que ninguno es responsable exclusivo de la muerte, pero la responsabilidad no se reparte, sino que queda en cambio incólume para cada uno de ellos su responsabilidad como asesino²³⁰; el cooperador necesario o el partícipe comparten responsabilidad con el autor de un asesinato, pero no le restan ni un ápice de gravedad a su conducta.

Si el argumento de MÜSSIG debe seguir teniendo valor no puede basarse meramente en que la responsabilidad del autor sea exclusiva o compartida, sino que la cuestión determinante de la mayor gravedad de la comisión alevosa estará en que fue la víctima, y precisamente ella, quien compartió o no responsabilidad con el autor en su asesinato. Que ha de tratarse precisamente de la víctima parece reconocerlo el propio MÜSSIG, al exponer sus dudas acerca de que el comportamiento de alguien ajeno a la víctima pudiera rebajar de asesinato a homicidio la responsabilidad del autor: «Queda abierta hasta el momento la cuestión de si otras situaciones, que no se fundamentan en una relación jurídica entre el autor y la víctima, pueden descargar al autor del reproche por asesinato; por ejemplo: el autor bajo amenaza de muerte es motivado a matar a un tercero no involucrado. Contra una descarga (típica [en sede del tipo]) hablan evidentemente las causas de exculpación del § 35 del Código penal alemán [Estado de necesidad exculpante]; para la víctima este motivo para [cometer] el hecho bajo ninguna

²³⁰ HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad...*, ob. cit., pág. 126: «La participación de cada uno de los coautores en la realización del hecho penalmente relevante no constituye en ningún caso una causa de atenuación y su valoración —por lo menos en el nivel del injusto— es fundamentalmente la misma. La aportación conjunta de los coautores significa, desde el punto de vista y del lenguaje aquí utilizado, una participación de un tercero sin efectos atenuantes para ninguno de los (co)autores.»

perspectiva resulta obligatorio jurídicamente. Pero tampoco debe desconocerse que en esta misma medida el autor no dispone del contexto del hecho y por éste no puede objetivamente responder»²³¹.

La pregunta pertinente entonces es por qué razón la víctima que contribuye a su muerte —a diferencia de lo que ocurre con la contribución del coautor, del cooperador necesario o del cómplice— aminora la responsabilidad del autor transformando su asesinato en homicidio. Pues bien, desde la victimología se puede dar respuesta a esta cuestión, para lo cual cuenta, según nos dice ROXIN, con dos tesis que han sido empleadas por sus defensores bien de manera aislada o cumulativa: «Se puede exponer la tesis de que cuando es posible y exigible una protección propia efectiva no se da por parte del autor una lesión del bien jurídico suficientemente peligrosa socialmente, de modo que la víctima no es merecedora de protección. Pero también se puede afirmar una lesión del bien jurídico apropiada ‘en sí’ para el castigo y, sin embargo, fundamentar la impunidad desde la idea de la subsidiariedad del derecho penal: el derecho penal es la última ratio de la política social, y su intervención no es legítima cuando están a disposición ‘medios más leves’ para la defensa de los daños sociales. A menudo se alegan uno junto al otro ambos puntos de vista»²³².

En cualquier caso ya se tome una tesis —una lesión no suficientemente peligrosa del bien jurídico— u otra —la subsidiariedad del Derecho penal—, ambas se justifican en el presupuesto de que la víctima tendría una obligación de protegerse. Conforme a este deber de autoprotección estaríamos en posición de explicar la peculiaridad de la contribución de la víctima respecto a la de un coautor, un cooperador necesario o un cómplice. Ciertamente todos ellos contribuyen al hecho del autor, pero mientras ni el coautor, ni el cooperador necesario, ni el cómplice tienen obligación de proteger a la víctima, ésta sí habría contraído consigo misma un deber de defensa. Podríamos así decir que la víctima colabora con el autor precisamente infringiendo su propia

²³¹ MÜSSIG, Bernd, «Normativierung der Mordmerkmale durch den Bundesgerichtshof?...», ob. cit., pág. 144 «Offen geblieben ist bisher die Frage, ob Sondersituationen, die nicht im Rechtsverhältnis zwischen Täter und Opfer begründet sind, den Täter vom Mordvorwurf entlasten können; beispielsweise: der Täter wird unter Lebensbedrohung dazu veranlaßt, einen unbeteiligten Dritten zu töten. Gegen eine (tatbestandliche) Entlastung sprechen offensichtlich die Entschuldigungsgründe, § 35 StGB; für das Opfer ist dieser Tatanlaß unter keiner Perspektive rechtlich verbindlich. Nicht zu verkennen ist aber auch, daß dem Täter der Tatkontext insoweit nicht verfügbar und von ihm objektiv nicht zu verantworten ist».

²³² ROXIN, Claus, «Cuestiones básicas de la teoría del injusto», ob. cit., pág. 68.

obligación de autoprotección. De acuerdo a esta obligación la víctima habría asumido una cierta posición de garantía frente a sí misma, que la hace responsabilizarse en cierta medida —en aquella en que podía y debía protegerse— de sí misma, descargando en esa misma medida la responsabilidad del autor. Si, como diría MÜSSIG, la víctima ha colaborado con el autor —dándole motivos si bien no justificantes, sí jurídicamente relevantes— en su muerte, ello se traduce en que ha infringido el deber que tenía consigo misma de protegerse. Y precisamente, de no haber asumido la víctima la posición de garantía en relación consigo misma debe extraerse una responsabilidad para ella, que no puede ser cargada al autor, a quien, en cambio, no le correspondía, al menos hasta el inicio de su ataque, garantizar la vida de la víctima. La responsabilidad de la víctima descarga la presente en el autor, convirtiendo, por tanto, su asesinato en homicidio.

Frente a este planteamiento victimológico, que permite aún sostener la argumentación de MÜSSIG, se pueden alegar, sin embargo, varias razones en contra. La principal consiste en que aun cuando nuestra legislación penal reconoce el derecho a la defensa, resulta dudoso que contenga y ampare un deber de defenderse. Entre otras cosas, porque el Derecho penal nació de la negación de la justicia privada, donde efectivamente la víctima, si quería obtener algún resarcimiento, estaba obligada a defenderse frente al ataque recibido²³³. El Derecho penal más que reconocer dicha obligación es, en realidad, la manera de descargarnos de ella²³⁴. Como bien dice ROXIN:

²³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, ob. cit., pág. 181: «[...] la ausencia de un 'Derecho' penal supondría, de hecho, el abandono del 'control de la desviación' al libre juego de las fuerzas sociales: en definitiva, a una dinámica de 'agresión-venganza (agresión)-venganza'. Su presencia, en cambio, como mecanismo organizado y monopolizado por el Estado tiene significativas ventajas. Por un lado, en buen número de casos las propias conminaciones penales tienen ya un efecto disuasorio que impide la aparición de 'agresiones' (delitos) que, de otro modo, se producirían. Por otro lado, producida una conducta agresora definida como 'delito', la sanción del responsable favorecerá, de una parte, que tanto el sujeto sancionado como otros autores potenciales no realicen en el futuro hechos lesivos de ese género, y, de otra parte, impedirá que los ciudadanos afectados por tal delito se sientan compelidos a 'tomarse la justicia por su mano' según se señala en una gráfica expresión. Todo ello, además, con la significativa reducción de violencia que supone la 'formalización' inherente a la atribución al Estado de estas funciones».

²³⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., pág. 83: «Históricamente, en efecto, el derecho penal nace no como un desarrollo, sino como *negación de la venganza*; no en continuidad, sino en discontinuidad y conflicto con ella. Y se justifica no con el fin de garantizarla, sino con el de impedirla. Es bien cierto que en los orígenes del derecho penal la pena ha sustituido a la venganza privada. Pero esta sustitución no es ni explicable históricamente ni mucho menos justificable axiológicamente con el fin de satisfacer mejor el deseo de venganza, que es de por sí una 'culpable y feroz pasión', sino al contrario, con el de ponerle remedio y prevenir sus manifestaciones. En este sentido bien se puede decir que la historia del derecho penal y de la pena corresponde a la historia de una larga lucha contra la venganza. El primer paso de esta historia se produce cuando la venganza se regula como derecho-deber privado, incumbente a la parte ofendida y a su grupo de parentesco según los principios de la venganza de la sangre y la regla del talión. El segundo paso, bastante más decisivo, tiene lugar cuando

«los ciudadanos, entre otras cosas, justamente han incorporado el poder penal, para descargarse de las tareas de protección: Donde ‘vigila el ojo de la Ley’ el individuo puede dedicar sus energías a su desarrollo en vez del mero aseguramiento de su personalidad»²³⁵.

En segundo lugar, incluso asumiendo que ese deber en cierta manera se reconozca en nuestra legislación penal, su aplicación a la regulación de la alevosía conduciría a la conclusión poco deseable de que el artículo 22.1 se habría redactado en perjuicio de la víctima, en lugar de a su favor. En este artículo no se contendría una salvaguarda para la víctima frente al comportamiento alevoso del autor, sino un deber para ella. Sólo en la medida en que la víctima hubiera cumplido con su obligación de autoprotegerse, no dando motivos relevantes jurídicamente al autor para su muerte, sería aplicable el 22.1. En realidad, entonces, el artículo equivaldría a una garantía para el autor de no cargar con la responsabilidad de autoprotección de la víctima. Pero resulta difícil justificar que el artículo 22.1 esté otorgando una garantía al autor, e imponiendo una obligación a la víctima. Primero, porque de su texto se deduce que al que obliga a no emplear modos, medios o formas de asegurar la ejecución es al autor. Pero, además, porque cuando se menciona a la víctima no es para exigirle la obligación de defenderse, sino para establecer que se pudo defender²³⁶.

se produce una disociación entre el juez y la parte ofendida, y la justicia privada —las represalias, los duelos, los linchamientos, las ejecuciones sumarias, los ajustes de cuentas— no sólo se deja sin tutela sino que se prohíbe. El derecho penal nace precisamente en este momento: cuando la relación bilateral ofendida/ofensor es sustituida por una relación trilateral en la que se sitúa en una posición de tercero o imparcial una autoridad judicial».

²³⁵ ROXIN, Claus, «Cuestiones básicas de la teoría del injusto», ob. cit., pág. 69.

²³⁶ Ciertamente cuando el artículo 22.1 en su parte final habla de “la defensa del ofendido”, el término “defensa” no tiene un sentido exactamente coincidente que cuando lo empleo como verbo dentro de la expresión “la obligación de defenderse”. Al referirme a “la obligación de defenderse” de la víctima, quiero decir sobre todo, siguiendo la concepción del MÜSSIG, que la víctima no debe dar motivos de relevancia jurídica al autor para su comisión. En cambio el artículo 22.1 parece estar remitiendo cuando nombra “la defensa del ofendido” al ejercicio de la legítima defensa. En cualquier caso ambos usos del término son legítimos, porque tratan de algo común, de las diversas maneras en que la víctima se defiende: o bien no dando motivos para el ataque del autor, o bien una vez que el autor está motivado y decidido al ataque haciéndole oposición. Y la cuestión importante es que el artículo 22.1 no sólo no exige el segundo sentido de defensa —la oposición al ataque—, sino que dice expresamente que defensa en tal sentido no tiene que producirse para la concurrencia de la alevosía. Pero si el 22.1 de manera expresa exige que la segunda modalidad de defensa como oposición al ataque no tiene que darse, no se entendería por qué de manera tácita va a querer decir que la otra modalidad de defensa —el no dar motivos para el ataque— sí debe darse, y no sólo que deba darse, sino que existe la obligación de que se dé para la concurrencia de la alevosía.

Además si fuera cierto que el artículo 22.1 impone a la víctima un deber de autoprotegerse, que en consecuencia la obliga a no dar motivos relevantes jurídicamente al autor para su muerte, todavía no convence por qué la existencia por sí misma de dichos motivos deba decidir la no concurrencia de la circunstancia. En efecto, MÜSSIG sostiene que al dar la víctima un motivo jurídicamente relevante al autor, no puede dejar de estar prevenida sobre su reacción, con lo que nunca podría sufrir un ataque alevoso. Pero al afirmar esto no se habla de si en realidad (fácticamente) la víctima estaba o no prevenida, sino de que (normativamente) debía estarlo, porque había dado un motivo jurídicamente relevante para la actuación del autor. Ahora bien esta normativización de la circunstancia ni es evidente, ni se tiene por qué compartir²³⁷. En primer lugar plantea dudas por qué siempre que la víctima da al autor un motivo jurídicamente relevante deba considerársela (normativamente) prevenida. Por ejemplo cuando el autor mata la víctima porque le insultó o porque en el pasado sufrió una agresión física por su parte, evidentemente en estos casos la víctima ha dado motivos al autor, que además no son

²³⁷ En contra de una normativización de la alevosía GÓMEZ RIVERO, Carmen, «Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal», ob. cit., pág. 46 «Porque lo que se trata de castigar con la alevosía no es la especial capacidad de ‘maquinación’ del agresor frente a la ‘torpeza’ o falta de ingenio del agredido, sino el desequilibrio de fuerzas que provoca justamente la ignorancia del medio que emplearía aquél. No es eso, sin embargo, lo que sucede en los casos en los que si bien la víctima no conoce el modo de ataque que emplea el agresor, sí debió haberlo previsto. La pretensión de descartar la alevosía por una ‘negligencia’ de este tipo sólo podría admitirse sobre la base del reconocimiento de una obligación de diligencia, no ya de la propia conducta, sino de los comportamientos delictivos de terceros, algo que, al margen de entroncar con tendencias trasnochadas, no encuentra parangón en ningún otro ámbito penal. Por ejemplo, a nadie se le ocurriría decir que no hay robo sino hurto cuando la víctima debió prever la facilidad de acceder a la vivienda por la ventana, de tal forma que su diligencia, tal vez poniendo rejas, habría evitado el acceso; o que no existe agresión sino abuso sexual cuando aquélla pudo prever el empleo de violencias y repeler oportunamente la agresión. Si esto es algo que ni siquiera se cuestiona en la generalidad de los delitos, no se ve razón alguna para que las cosas sean distintas a la hora de agravar la pena por la alevosía y, en su caso, determinar el salto penal del homicidio al tipo de asesinato.» Igualmente CASTELLÓ NICÁS, Nuria, «El asesinato y sus circunstancias», ob. cit., págs. 20 y s.: «Exigir una especial cautela a la víctima, haciendo recaer sobre ella el peso de la responsabilidad sobre su persona, no es de recibo, ni puede invocarse tampoco que el amenazado, por su especial valentía y fortaleza psíquica, no tomó en serio la amenaza, como así debió hacerlo, para precaver un posible ataque lesivo a su vida, pues evidentemente una persona, por muchas amenazas de muerte que haya recibido, no puede estar in vigilando las veinticuatro horas del día, dado que un ataque alevoso puede tener lugar en cualquier momento, siendo absurdo, pues, atender a elementos de hecho de esta naturaleza que no guardan relación con lo que castiga el delito de asesinato: la muerte ejecutada de forma especialmente desaprobada desde el punto de vista jurídico-penal. Es más, es normal que si se mata a alguien sea por algún motivo, lo que no elimina la posibilidad, en todo caso, de que se trata de asesinato». Igualmente puede encontrarse alguna sentencia del Tribunal Supremo en este sentido, así la STS 2049/2011 de 6 de abril: «Como argumentación central para su no aplicación, se dice en la argumentación del motivo que Leonor debió recelar o sospechar que Lucas podía volver a entrar en el domicilio de sus padres el día 29 de Marzo, después del enfrentamiento que tuvo con su padre y hermano y que por ello debió estar prevenida. El motivo carece de toda posibilidad de éxito, no se trata de argumentar lo que debió o no suponer la víctima, *lo relevante es la situación de total indefensión en que se encontraba* —durmiendo con su hijo de cuatro años—, cuando sufrió el ataque de Lucas, ataque que le cogió totalmente desprevenida —estaba a su merced— y por tanto *en situación de total indefensión*».

una nada jurídica hasta el punto de que podría imputársele delitos, pero esos motivos, sin embargo, carecen de la entidad suficiente, bien porque la gravedad de los insultos no resulta demasiado alta o porque la agresión aunque grave se produjo en el pasado, para afirmar que la víctima deba estar (normativamente) prevenida frente a un ataque contra su vida. Es cierto que, como alguna vez dice MÜSSIG, los motivos ofrecidos por la víctima no sólo deben ser jurídicamente relevante sino que además deben poseer la suficiente entidad para generar un peligro si bien no actual si duradero. Este sería el caso del ejemplo presentado por MÜSSIG del autor que acompañado por un cómplice coacciona y amenaza en su propia casa a la víctima. Pero ni siquiera en estos casos dichos motivos jurídicamente relevantes de peso ofrecidos por la víctima al autor deberían compensar el comportamiento de éste excluyendo su carácter alevoso, sino que deberían ser tomados en cuenta por una parte para imputar delitos a la víctima —en el caso del extorsinador: coacciones y amenazas— y por otra como causas de justificación o exculpación presentes en la actuación del autor —en el caso del extorsionador: una legítima defensa incompleta—.

En cambio si se excluye la alevosía del comportamiento del autor porque a su vez la víctima dio motivos de relevancia jurídica, entonces se entraría en una cadena de compensaciones de responsabilidad entre autor y víctima que no se sabe bien dónde debería acabar. Porque si, siguiendo el mismo ejemplo de MÜSSIG, nuestro autor tiene permitido, para descargar su responsabilidad de asesinato a homicidio, alegar la responsabilidad de la víctima, que con sus coacciones o amenazas le dio motivos jurídicamente relevantes, no se sabe bien por qué todo el asunto debería terminar ahí, y por qué razón a la víctima no se le permitiría alegar a su vez, como causa de las amenazas o coacciones, el motivo jurídicamente atribuible al autor de que se dedicaba a la venta ilegal de copias piratas. De modo que, aplicando ampliamente este esquema, lo que nunca resulta demasiado claro es hasta qué punto debería llegar el arreglo de compensaciones de responsabilidad, ni cuándo debería intervenir el Derecho penal, para poner fin a esta “*vendetta*” penal entre partes²³⁸.

²³⁸ Sin embargo, como antes anunciamos, el Derecho penal vino a acabar con la venganza privada entre partes, que ni siquiera podría considerar superviviente en la legítima defensa, como institución jurídica autorizada por el Estado. PAWLIK, Michael, «El funcionario policial como garante de impedir delitos», en *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, ob. cit., pág. 194: «Según Hobbes, el estado de naturaleza —el estado que resultaría, teóricamente, si cada órgano político de mando fuese retirado posteriormente de forma ficticia de la vida social— es caracterizado por medio de un

iii) Conclusión

Al margen de la inseguridad que lo anterior pueda producir acerca de un Derecho penal que abandona a los ciudadanos a un arreglo privado de responsabilidades, seguramente la peor consecuencia del planteamiento de la victimología sea como afirma ROXIN que «se amplía la libertad de acción de aquellos que quieren afectar una esfera jurídica ajena»²³⁹. Pero, dicha ampliación de la libertad del autor se hace especialmente criticable cuando se aplica a un ámbito penal, en donde el bien protegido es la vida humana y la integridad física y la salud. En efecto, quien pueda alegar frente a su víctima un motivo jurídicamente relevante, sean unas coacciones, acaso un robo, una estafa, unos insultos, etc., parece de repente estar en cierta medida autorizado a quitar la vida humana o lesionar la integridad física y la salud, pues se asegura de que no recibirá toda la dureza del reproche penal como autor alevoso, y ello con independencia de la modalidad empleada para matar. En correspondencia, la víctima ve reducida su esfera protección por motivos que en efecto

normativamente irrefrenable ‘derecho a todo’. La circunstancia de que cada habitante del estado de naturaleza haga uso por la fuerza de este llamado ‘derecho’ condice a una situación que es extremadamente perjudicial para los intereses de cada individuo; la vida en el estado de naturaleza es normalmente angustiante y breve. Paralelamente, el pasar a un estado de juricidad está definido directamente por medio de la renuncia de todos los participantes a aquel ‘derecho a todo’ y de la monopolización, por principio, del poder físico legítimo en el soberano. Esto tiene por consecuencia que, en el estado de juricidad, los medios lícitos para la autoconservación sean limitados normativamente. Desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal se desprende de allí que la legítima defensa propia y de terceros no constituyen, como a veces se acepta, ‘reservas del *status nautalis* en el reino de la paz ciudadana’, sino que se remontan a la autorización estatal. Respectivamente, es sabido que incluso el derecho a la legítima defensa, en tanto *derecho*, está sujeto a cualificaciones normativas, en forma de la necesidad y de las llamadas ‘limitaciones ético-sociales’, cualificaciones que se explican por el hecho de que la propiedad y dignidad del agresor, de ser una persona de Derecho, nunca están completamente bajo su propio poder de disposición, y, por ello, tampoco puede ponerlas en juego mediante su conducta». DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «La víctima del delito en la política criminal y el derecho penal», ob. cit., pág. 1138: «El monopolio estatal en la exigencia de la responsabilidad penal es un elemento constitutivo de todo estado de derecho. Su reconocimiento significa que la sociedad rechaza que sean los directamente afectados por el delito, o colectivos o grupos a ellos vinculados, quienes determinen la responsabilidad penal concurrente. Se prefiere desplazar la competencia a un tercero institucionalizado, la administración de justicia, a la que se permite que se apodere del conflicto, sustrayéndolo a los inmediatamente implicados o a sus apoyos sociales». ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, ob. cit., pág. 693: «Está fuera de duda, en verdad, que si el Estado no provee para punir o no pune de manera adecuada a los culpables de delitos, las personas privadas se hacen justicia con sus manos y de ello derivan otros delitos y con ellos aquella cadena de represalias individuales de la que, desgraciadamente, se lamentan donde la represión estatal es insuficiente o la población, por una razón o por la otra, tienen escasa confianza en la autoridad gubernativa [*È fuori dubbio, invero, che se lo Stato non provvede a punire o non punisce in modo adeguato i colpevoli di delitti, i privati si fanno giustizia con le loro mani e ne derivano altri delitti e con essi quella catena di rappresaglie individuali che, purtroppo, si lamentano dove la repressione statale è insufficiente o le popolazioni, pero una ragione o per l'altra, hanno scarsa fiducia nelle autorità governative*]».

²³⁹ ROXIN, Claus, «Cuestiones básicas de la teoría del injusto», ob. cit., págs. 69 y s.

al derecho no le son irrelevantes jurídicamente, pero que, sin embargo, deben respecto de la víctima ventilarse como delitos aislados de la víctima y respecto del autor servir como posibles causas para justificar o exculpar su comportamiento alevoso. Al permitir en cambio que autor compense su responsabilidad en función de los motivos que previamente le dio la víctima, el planteamiento de MÜSSIG instaaura si bien no el viejo Derecho penal de autor, porque efectivamente no se trata aquí de aumentar al autor su responsabilidad por su actuación precedente, sí en cambio un novedoso Derecho penal de víctima, donde a ésta se la desprotege debido a su actuar anterior²⁴⁰.

1.3.e) La solución propia: La alevosía como inversión de la legítima defensa.

i) ¿Deber o derecho de la víctima a defenderse?

En el punto anterior he sostenido que una obligación de defenderse no podría ser exigible a la víctima, porque precisamente el Derecho penal habría surgido como una solución que nos permite descargarnos de las tareas de protección. Pero, la falta de obligación no significa que se haya privado a la víctima del derecho a defenderse precisamente en aquel momento en que el Derecho penal se muestra, debido a que las finalidades preventivas han fracasado frente a su actual agresor, incapaz de defenderla. Cuando la víctima, en un caso así, está enfrentada a su autoprotección, puede adoptar diferentes posiciones, lo que a su vez acarreará también diferentes consecuencias desde la perspectiva de la dogmática penal. La víctima, en primer lugar, puede decidir defenderse, de modo que si lo hace legítimamente, su acción defensiva se encontrará enteramente justificada por el Derecho. Pero también podría optar, en segundo lugar, por no defenderse. Si como creen los partidarios de la victimología existe una obligación de protegerse, entonces la actitud negligente de la víctima frente a dicha obligación conlleva que sea desprotegida por el Derecho penal; al autor se le aminorar o incluso excluye su responsabilidad penal, a consecuencia de que la víctima era responsable en parte o totalmente de lo que le ha ocurrido. Sin embargo, si, como aquí

²⁴⁰ Esta desprotección de la víctima por su actuación precedente parece reconocerse sin empacho entre los seguidores de la postura victimológica. Así, MILTÓN PERALTA, José, «Homicidios por odio como delitos de sometimiento...», ob. cit., pág. 14: «Para entender esto [porque los homicidios por odio basados en el sometimiento son más graves que los comunes] se deben explicar estos delitos contando una historia un poco más larga que la habitual, una historia que no comienza por la conducta homicida del autor, sino que pone el foco también en la conducta previa de la víctima, o, dicho de otro modo, en la previa interacción entre ambos».

se piensa, la defensa no constituye una obligación sino un derecho, no parecen posibles dichas consecuencias negativas para la víctima, porque quien no ejerce un derecho no debe verse perjudicado más allá de los efectos mismos de su no ejercicio. Pero todavía es posible una tercera situación para la víctima, con la que además se impide su decisión entre las dos anteriores opciones; que la víctima ni siquiera pueda elegir entre defenderse o no, porque precisamente el autor le haya quitado la posibilidad de defensa.

Pero, ¿qué consecuencias jurídico-penales trae esto para el autor? Cuando el autor quita a la víctima esta posibilidad, la priva de la posibilidad de ejercer la legítima defensa reconocida en el artículo 20.4 del Código penal. A diferencia de las causas de exculpación que no otorgan un derecho a actuar del modo en que se actuó, con la legítima defensa nos encontramos ante una causa de justificación, por la que el Código está concediendo a la víctima una autorización para actuar defendiéndose, es decir, un derecho de defensa que el autor está obligado a soportar²⁴¹. Si atendemos tan sólo a la cuestión formal de que el autor, estando obligado a soportarlo, ha impedido el ejercicio de un derecho, ya se entiende que su comportamiento se convierte en más grave, porque al injusto de atacar a la persona de la víctima, se debe además añadir lo injusto de haber infringido el derecho legítimo de ésta a defenderse. Que aquí aparece un injusto añadido parece evidente, pues no resultaría sistemáticamente coherente que el Código penal conceda el derecho a defenderse, y sin embargo no considerara contraria a Derecho su vulneración²⁴². Pero, al margen de la violación formal de un derecho, también aparecen

²⁴¹ ROXIN, Claus, en Claus ROXIN / Gunther ARZT / Klaus TIEDEMANN (autores), *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, ob. cit., págs. 39 y s.: «Aunque tanto las causas de justificación como de exculpación llevan a idéntico resultado de impunidad, la diferenciación entre ambas instituciones resulta muy importante. Puesto que una conducta justificada está autorizada por el Derecho, el afectado por la misma viene obligado a soportarla. Quien ha sido detenido provisionalmente conforme a Derecho no puede defenderse y, si lo hiciera, cometerá cuando menos delito de coacciones. Por el contrario, la víctima de una conducta meramente exculpada puede defenderse de la agresión acaparado por la legítima defensa. En nuestro anterior ejemplo, quien es empujado al vacío puede en legítima defensa arrojar al mismo a su agresor. Asimismo puede dispararse contra quien en un raptó de locura amenaza con dar muerte a alguien y no hay otro modo de evitarlo. En definitiva, las causas de exclusión de la culpabilidad no otorgan ningún derecho a actuar, sino tan sólo eximen de pena». CUERDA RIEZU, Antonio, «¿Acaso no persigue ningún fin el Derecho penal cuando los jueces no imponen pena ni medida de seguridad?», ob. cit., pág. 178: «[...] la ampliación del ámbito de lo justificado para el que actúa bajo el amparo de una causa de justificación determina correlativamente para el afectado y los demás un incremento del ámbito de lo prohibido y, en consecuencia, una ampliación del deber de tolerancia».

²⁴² ROXIN, Claus, en Claus ROXIN / Gunther ARZT / Klaus TIEDEMANN (autores), *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, ob. cit., pág. 51: «Si la tarea del Estado consiste únicamente en asegurar la convivencia de sus ciudadanos, una conducta sólo debe ser conminada con una pena cuando afecte dañosamente a los derechos de otras personas y no cuando resulte meramente pecaminosa o inmoral».

consecuencias importantes para el autor cuando nos ocupamos además del contenido material del concreto derecho que infringió. El Derecho penal ha concedido a la víctima el derecho a la legítima defensa con vistas a un doble objetivo: a) no exclusivamente a que ella misma se defienda, sino también b) para que defendiéndose defienda la legitimidad, es decir, para que lo ilegítimo de la agresión del autor no se imponga sobre el Derecho²⁴³. De algún modo el Derecho penal quiere que el autor corra con el riesgo de la defensa de la víctima, porque esto resulta un medio de proteger a la misma víctima y al propio Derecho²⁴⁴. Y cuando el autor elimina este riesgo está haciendo que víctima y Derecho se vean desprotegidos, por lo que su comportamiento se vuelve, también desde esta perspectiva material, más grave.

ii) La solución de la legítima defensa invertida

Pues bien, esta última situación de la víctima, en la que se le imposibilita la defensa, parece ser exactamente la descrita para los casos de alevosía, cuando el artículo 22.1 del Código penal en su parte final se refiere a que el autor comete el hecho «sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido». Y la

²⁴³ ROXIN, Claus, «Sobre la significación de la sistemática y la dogmática del Derecho penal», ob. cit., pág. 55: «La legítima defensa se basa políticocriminalmente sobre dos principios de orden social, el principio de protección y el de mantenimiento del derecho». EL MISMO, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, ob. cit., pág. 78: «En la legítima defensa, por ejemplo, los principios de autoprotección y de prevalencia del Derecho son los que sirven de base a la regulación legal. Es decir, todo el mundo tiene el derecho a defenderse de ataque prohibidos de tal manera que no sufra ningún daño. Pero también allí donde puede sustraerse al ataque le está permitido siempre defenderse legítimamente. El principio de prevalencia del Derecho (la idea, por tanto, de que el Derecho no tiene que ceder ante el injusto) va más lejos aquí que los intereses de autoprotección y, desplaza también al principio de ponderación de bienes que, por lo demás, tiene a menudo decisiva importancia en las causas de justificación». En el mismo sentido MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte general*, ob. cit., págs. 439 y s.: «Dos han sido históricamente las fundamentaciones de la legítima defensa. En Roma se concibió como derecho *individual* originario. En el Derecho romano tardío esta concepción se refleja en la limitación de la legítima defensa a la de la vida y la integridad física (*vim vi repellere licet*). En el Derecho germánico, en cambio, la legítima defensa se fundamentó desde la perspectiva *colectiva* de la defensa del orden jurídico. Al defenderse, el individuo representaba a la comunidad. De ahí que cualquiera —no sólo la víctima— pudiera dar muerte al ladrón sorprendido in fraganti. B) Ambos aspectos —individual y colectivo—, se hallan hoy en la base de la legítima defensa», y más adelante en la pág. 441: «Podría decirse, según esto, que la legítima defensa encuentra su razón de ser en la *defensa del Derecho en el marco de los bienes jurídicos individuales*».

²⁴⁴ CUERDA RIEZU, Antonio, «¿Acaso no persigue ningún fin el Derecho penal cuando los jueces no imponen pena ni medida de seguridad?», ob. cit., pág. 180: «Por otro lado, todas las causas de justificación ejercen una función de prevención general, ya que cualquier delincuente sabe —e incluso un tercero sabe— que la primera reacción contraria a su conducta delictiva puede provenir de la legítima autotutela de los particulares o de la legítima tutela de los integrantes de los cuerpos de seguridad en el ejercicio de una conducta conforme a Derecho. Antes que la pena —que en su imaginación se le presentará como una remota hipótesis o incluso directamente descartable— el ladrón, por ejemplo, teme a la reacción del titular de la cosa o a la presencia repentina o imprevista de la policía en el lugar de los hechos».

razón de que estos casos se consideren más graves parece también residir en que el autor priva a la víctima de su derecho legítimo a defenderse. Al hacer esto, como bien apuntaba la solución de la peligrosidad (1ª solución), se produce generalmente un especial riesgo para los bienes jurídicos vida, integridad física y salud, aunque esta consecuencia *empírica* no es lo determinante de la agravación del delito, como equivocadamente creía esta solución, sino que lo decisivo reside en la cuestión *normativa* de la vulneración del derecho de defensa de la víctima. Pero también desde su perspectiva tiene parte de razón la solución de la ruptura de la confianza (2ª solución), aunque no se admita su concepto central de la confianza. Porque, en efecto, cuando el autor elimina la legítima defensa de la víctima podría entenderse —desde esta solución y aunque aquí no se comparta que la actitud reprochable del autor pueda aumentar la gravedad del delito— que su actitud frente al Derecho resulta más reprochable, pues el autor manifiesta su postura contraria al Derecho no sólo matando o lesionando, sino también impidiendo que, gracias a la defensa legítima de la víctima, el Derecho se imponga frente a la ilegitimidad de su agresión. Por último, la solución de la victimología (3ª solución) acertaba en centrar la discusión en la cuestión de la defensa de la víctima. Sin embargo, se equivocaba al creer que la víctima tiene una obligación de defenderse, y que la alevosía sólo podía apreciarse en función de la actuación de la víctima, es decir, en tanto hubiera cumplido con esa obligación no dando motivos, que le fueran imputables, para la actuación del autor. En cambio, es más cierto que la alevosía tiene que ver con el comportamiento del autor, por el hecho de que ha impedido el ejercicio del derecho, no de la obligación, que la víctima tenía a defenderse.

Esta solución podría denominarse de la legítima defensa invertida, pues no trata, como resulta habitual, de extraer las consecuencias de la legítima defensa para quien la ejerce, sino inversamente de explicar qué efectos jurídicos produce en quien impide su ejercicio. Pues bien, la consecuencia penal para el autor de impedir ejercer a la víctima la legítima defensa debe consistir²⁴⁵, atendiendo a que añade al injusto de atentar contra

²⁴⁵ Desde una postura que admita que la reprochabilidad del autor puede aumentar la gravedad del delito se podría plantear una solución alternativa; impedir ejercer la legítima defensa agrava el delito porque el ataque del autor contra el Derecho es más reprochable, pues no sólo lo contradice matando o lesionando, sino también al eliminar la legítima defensa, impidiendo que el Derecho se imponga frente a su agresión antijurídica. Además también se podría mantener una posición que hiciera depender la mayor gravedad del delito tanto de la antijuricidad (mayor gravedad del hecho) y de la culpabilidad (mayor reprochabilidad del autor). Así MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 480: «Cuestión distinta es que en muchas de las circunstancias agravantes

su persona lo injusto de vulnerar su derecho de defensa²⁴⁶, en que el delito se considere más grave calificándose como alevoso²⁴⁷.

Con la solución de la legítima defensa invertida parecen resolverse algunas de las críticas recibidas por las otras soluciones. Empecemos por la solución de la peligrosidad. En primer lugar, cuando esta solución acudía a la idea de un especial peligro para el bien jurídico presente en la comisión alevosa, no era capaz de justificar en función de la peligrosidad la diferencia de las muertes alevosas respecto del resto, porque todo homicidio consumado es ya al menos lo suficientemente peligroso para provocar la muerte. Sin embargo si, como propongo, se entiende que lo decisivo no radica en la cuestión *empírica* del especial peligro sino en la cuestión *normativa* de la eliminación del derecho de defensa, entonces esta crítica desaparece; no en todo homicidio consumado el autor ha impedido a la víctima defenderse, por lo que sólo

convivan elementos objetivos que incrementan la gravedad del hecho, con componentes que denotan una mayor reprochabilidad del autor por el modo en que lo ha cometido —no por su forma de ser—. Por ello, pocas veces puede hablarse de circunstancias exclusivamente objetivas o exclusivamente subjetivas, sino que frecuentemente debe aceptarse su naturaleza mixta. Así, cometer un delito con la ya citada agravante de abuso de confianza puede considerarse un hecho objetivamente más desvalorado, pero cabe afirmar al mismo tiempo que se le reprocha al autor con mayor intensidad».

²⁴⁶ Aluden a una mayor antijuricidad debida a la eliminación de la defensa en el cuarto requisito (denominado en muchas de las sentencias teleológico) de la alevosía las siguientes sentencias: STS 117/2010 de 19 de enero; STS 1569/2010 de 30 de marzo; ST4959/2010 de 17 de septiembre; STS 5289/2010 de 6 de octubre; STS 7333/2010 de 22 de diciembre; STS 391/2011 de 27 de enero; STS 2039/2011 de 14 de abril; STS 5129/2011 de 28 de junio; STS 5144/2011 de 19 de julio; STS 7290/2011 de 2 de noviembre; STS 8848/2011 de 22 de diciembre; STS 3807/2012 de 22 de mayo; STS 4588/2012 de 15 de junio; STS 4940/2012 de 25 de junio; STS 5136/2012 de 26 de junio; STS 7331/2012 de 15 de noviembre; STS 8688/2012 de 3 de diciembre; STS 8288/2012 de 5 de diciembre; STS 8678/2012 de 20 de diciembre; STS 347/2013 de 25 de enero; STS 1900/2013 de 8 de abril; STS 1845/2013 de 18 de abril; STS 2883/2013 de 17 de mayo; STS 3255/2013 de 19 de junio; STS 4774/2013 de 2 de octubre; STS 4775/2013 de 8 de octubre; STS 5720/2013 de 18 de noviembre; STS 269/2014 de 14 de enero; STS 1114/2014 de 19 de marzo; STS 1465/2014 de 16 de abril; STS 2432/2014 de 10 de junio; STS 5083/2014 de 12 de diciembre; STS 5442/2014 de 26 de diciembre; STS 677/2015 de 25 de febrero; STS 824/2015 de 12 de marzo; STS 1956/2015 de 14 de abril; STS 2446/2015 de 4 de mayo. Igualmente en la doctrina una argumentación similar parecen sostener MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 480: «[...] la circunstancia de *alevosía* (art. 22,1ª), consistente básicamente en la utilización de formas de ejecución que anulen las posibilidades de defensa de la víctima, supone una mayor gravedad del hecho o del injusto en tanto en cuanto se desvalora más la lesión de bienes jurídicos indefensos [...]».

²⁴⁷ Sería pertinente la cuestión de por qué la eliminación de la legítima defensa sólo agrava los delitos contra las personas (vida, integridad, física y salud) y no en cambio el resto de los delitos que protegen otros bienes jurídicos que pudieran ser defendidos legítimamente frente al agresor. En realidad, como se verá en el capítulo 3, teóricamente la aplicación de la alevosía es posible de forma general, pues en principio parece que todo delito es susceptible de ser cometido eliminando la defensa del ofendido. Que sólo se aplique a los delitos contra las personas es meramente una opción del legislador tomada en el artículo 22.1, quizá por considerar que al ser estos los delitos más graves en ellos la infracción del derecho a la legítima defensa puede acarrear consecuencias también más graves. De hecho en nuestra legislación histórica los Códigos penales de 1848, 1850 y 1928 consideraban a esta circunstancia como una agravante genérica.

cuando esto ocurra estaremos ante un asesinato alevoso, que se diferenciará en específico del resto de los homicidios. De esta manera, el artículo 22.1 pretende evitar algo que no tiene lugar en la totalidad de los homicidios incluso consumados, sino en una parte específica de ellos; que el responsable último de la salvaguarda del bien jurídico, la propia víctima como su titular, se vea en la imposibilidad de defenderlo. De acuerdo a este planteamiento, lo específico de la comisión alevosa no consiste en haber adoptado medios especialmente peligrosos, porque todos lo que produjeron la muerte lo son, sino en haber impedido ejercer el derecho de defensa al titular del bien jurídico.

En segundo lugar, frente a la solución de la peligrosidad cabe la crítica de que castiga al delincuente por su competencia, es decir, por haber sabido escoger una modalidad adecuada a su propósito de matar. Pero esta crítica no se mantiene frente a nuestra solución. Porque, según nuestra interpretación al autor alevoso no se le castiga por el mero hecho de su destreza a la hora de elegir una modalidad adecuada para matar, sino debido a la vulneración del derecho de toda víctima a defenderse legítimamente. Porque es cierto que al que pretende matar no puede exigírsele juego limpio, pues desde el principio está infringiendo las reglas del “juego” de no matar, pero, en cambio, sí debe exigírsele que no amplíe su juego sucio infringiendo también las reglas del “juego” del derecho de la víctima a defenderse.

En cuanto a las críticas recibidas por la solución de la confianza, también conviene hacer algunos comentarios. En primer lugar, si la palabra “confianza”, cuyo uso no es propiamente jurídico, generaba debido a su elasticidad problemas de interpretación en su aplicación jurídica, en nuestra solución el papel central lo toma el concepto jurídico de “legítima defensa”, cuya estricta delimitación jurídico-penal parece en bastante buena medida garantizada. En segundo lugar, conforme a la interpretación de MEYER se trataba de asegurar la vigencia de modelos sociales positivos, pero era discutible que la circunstancia de alevosía tuviera como finalidad proteger expectativas sociales. En cambio, según nuestra solución, el artículo 22.1 responde a expectativas propiamente jurídicas; que se vea garantizado el derecho a la legítima defensa, de modo que se proteja la vida, integridad física y salud de la víctima y se mantenga adicionalmente el Derecho frente al carácter ilegítimo de la agresión del autor. Tercero, según la postura de JAKOBS en la alevosía se defendía al sistema normativo frente al

ataque más grave posible, aquel que suponía invocar las normas para mejor atacarlas. El problema de este planteamiento consistía o bien en que siempre se necesitaba comprobar qué norma, aunque sin saber demasiado bien cuál, había invocado el autor alevoso, o bien en que si no era necesario encontrar norma alguna, entonces no ya no se hablaba del sistema normativo, sino de la invocación de expectativas regulativas meramente sociales. En nuestro caso la norma que se quiere garantizar en la alevosía se encuentra siempre claramente identificada en el artículo 20.4 del Código penal, en donde se regula el derecho a la legítima defensa. Pero, además, con esta norma no sólo se protege, como en cambio con frecuencia se critica a JAKOBS, el orden normativo, es decir, que lo ilegítimo no se imponga a lo legítimo, sino que junto a esto se defiende el bien jurídico que representa la concreta vida, integridad física o salud de la víctima. Por último, como crítica general a la solución de la confianza se hacía valer el problema de que esta solución excluiría de la circunstancia muchos de los casos de la modalidad sorpresiva de alevosía reconocida tradicionalmente por la jurisprudencia española. En efecto, aun cuando siempre que se traiciona la confianza de la víctima, ésta se ve de alguna manera sorprendida, esto inversamente no resulta de manera necesaria cierto, pues no toda sorpresa se origina a causa de la confianza de la víctima; se puede sorprender al desconfiado. Pues bien, la solución de la legítima defensa invertida no sólo no se ve afectada por esta crítica, sino que constituye, según creo, el criterio más adecuado para determinar cuándo en efecto existió un ataque sorpresivo; diremos que la víctima fue sorprendida por el autor precisamente cuando éste no le concedió posibilidad alguna de defenderse²⁴⁸. Pero nuestra solución no sólo se muestra

²⁴⁸ MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía*, ob. cit., pág. 80: «La acometida rápida e inopinada de una persona a otra, sin antecedentes que la motive, aunque sea frente a frente y ante otros, es el medio o la forma más característico, aunque no el único, de que el ofensor, en supuestos de alevosía, se vale para realizar su intención criminal sin el riesgo para su persona, puesto que no habiéndose apercibido el ofendido del ataque de que iba a ser víctima, no le era posible aprestarse a su defensa, ya que estar desprevenido para la lucha equivale a estarlo para la defensa». Véase el capítulo 4 donde se tratará en este sentido de la modalidad sorpresiva de alevosía. Por ahora bastará con citar un algunas sentencias relevantes. La STS 3550/2010 de 8 de junio demuestra que lo relevante de la modalidad sorpresiva de alevosía no tiene tanto que ver con que la víctima se dé o no por enterada del ataque, como con el hecho de que la sorpresa impida la defensa: «el aseguramiento del hecho, a través del aprovechamiento de la imposibilidad de defensa de la víctima, lo cual constituye la base de esta circunstancia de agravación —en este caso específica y cualificadora del homicidio, convirtiéndolo en asesinato—, siempre que en la situación concreta el sujeto pasivo no haya podido oponer una resistencia eficaz, careciendo de toda trascendencia que el autor armado haya ‘avisado’ a la víctima desarmada, o que ésta haya podido ‘ver’ cómo sus atacantes le daban alcance revelando su propósito agresivo (Cfr. SSTS no 968/2004, de 29 de julio; 17/2007, de 25 de enero)». En el mismo sentido STS 3545/2010 de 16 de junio: «Como recordábamos en nuestra STS 850/2007, 18 de octubre, con cita de la STS 1031/2003, 8 de septiembre, una de las modalidades de ataque alevoso es el realizado por sorpresa, de modo súbito e inopinado,

compatible con la modalidad sorpresiva de alevosía, sino que además la jurisprudencia la ha considerado compatible con las otras dos formas de alevosía que tradicionalmente reconoce —la proditoria y la de aprovechamiento de una situación de desvalimiento—, pues como ha confirmado expresamente el propio Tribunal Supremo «el núcleo de la alevosía, en cualquiera de sus modalidades, se encuentra en aniquilar las posibilidades de defensa»²⁴⁹.

imprevisto, fulgurante y repentino (STS 382/2001, de 13 de marzo y las que se citan en ella). En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso». E igualmente STS 4959/2010 de 17 de septiembre: «Pues bien, en el supuesto concreto la sentencia recurrida no sólo se refiere a un ataque por la espalda, al expresar que el acusado entró en el local y disparó contra Luis Francisco cuando éste se hallaba de espaldas jugando al fútbol, descripción subsumible, en principio, en la modalidad de la alevosía proditoria o cometida a traición; sino que también subraya que se trató de un ataque súbito y sorpresivo que la víctima no esperaba. De ahí que se destaque en el fundamento primero que el núcleo de la alevosía ha de verse en el ataque súbito del acusado que impedía toda reacción defensiva de una persona que se hallaba centrada en el juego del fútbol y que no disponía en ese instante de posibilidad de contrarrestar un ataque tan inesperado y repentino»; STS 5298/2010 de 11 de octubre: «Y en tercer lugar, en la motivación de la Sentencia aparece como dato objetivo relevante para deducir lo sorpresivo, repentino e inesperado de la acción mortal, el que ‘su hermana no se esperaba el ataque’ porque ‘no había razón para ello’; criterio que no puede tampoco compartirse: en efecto, lo sorpresivo, repentino o inesperado de un ataque sólo determina su condición alevosa en la medida en que por esas mismas características se elimine el margen de una posible reacción defensiva de la víctima o de un tercero. Lo sorpresivo, inesperado, o repentino adquieren así significación sólo [sic] en cuanto formas comitivas causantes de una indefensión buscada o aprovechada, y por ello han de valorarse con relación a la forma ejecutiva del ataque en su dinámica de realización concreta y no con relación a la agresión considerada como suceso o acontecimiento sobrevenido. Cabe así que la previsión anticipada de su hipotética ejecución no impida lo alevoso del ataque si en el momento de su realización se ejecuta tan repentina y sorpresivamente que no se deje a la víctima margen alguno de reacción defensiva; y cabe por el contrario que, sin haber imaginado o previsto antes que pudiera ser atacada alguna vez por el sujeto por falta de razones o causas para ello, la agresión se inicie y materialice de modo no incompatible con una posible reacción defensiva por parte de la víctima y sin asegurar el agresor el resultado. En este segundo caso solo en tal sentido podrá calificarse la agresión como ‘suceso inesperado’ pero sin que lo sorpresivo del hecho lo sea también de ‘su material forma de ejecución’, desde la perspectiva de la indefensión que es la que interesa en la alevosía. No puede acogerse por ello el razonamiento según el cual en este caso fué [sic] inesperada y sorpresiva la agresión sólo porque ‘no había razón para ello’»; STS 6263/2010 de 3 de noviembre: «En todo caso pertrecharse de sendas escopetas dos personas para dirigirse a quienes se encuentran desarmados y dispararle, a uno incluso por la espalda, constituye el supuesto típico de la alevosía. Y eso es lo que los hechos probados han declarado. La referencia al aviso previo de la llegada de los acusados al escenario del luctuoso suceso no desvanece la situación de hegemonía de los autores excluyente de cualquier defensa por parte de las víctimas, como demostraron los acontecimientos que discurrieron en bien escaso tiempo»; STS 7732/2010 de 27 de noviembre: «Hemos dicho en la Sentencia 863/2010 de 11 de octubre que en la alevosía lo sorpresivo, inesperado, o repentino adquieren significación solamente en cuanto formas comisivas causantes de una indefensión buscada o aprovechada, y por ello han de valorarse con relación a la forma ejecutiva del ataque en su dinámica de realización concreta y no con relación a la agresión considerada como suceso o acontecimiento sobrevenido. Cabe así que la previsión anticipada de su hipotética ejecución no impida lo alevoso del ataque si en el momento de su realización se ejecuta tan repentina y sorpresivamente que no se deja a la víctima margen alguno de reacción defensiva; y cabe por el contrario que, sin haber imaginado o previsto antes que pudiera ser atacada alguna vez por el sujeto por falta de razones o causas para ello, la agresión se inicie y materialice de modo no incompatible con una

Esto último, conduce a la siguiente ventaja de nuestra solución, a saber, la facilidad para su aplicación práctica. Evidentemente toda la problemática de la comisión alevosa no puede reducirse a una pregunta general, y sin embargo la cuestión de si en un caso concreto se presenta o no la circunstancia de alevosía se facilita enormemente si se enfrenta bajo la perspectiva general que nos abre la siguiente pregunta; ¿impidió el autor ejercer a la víctima su derecho a la legítima defensa? Esta pregunta aparece como un criterio fundamental de fácil aplicación para determinar si en el caso el autor actuó alevosamente, aun cuando para completarse y concretarse deba ponerse en relación con otras cuestiones concretas contenidas en el concepto legal (y también jurisprudencial) de la alevosía.

iii) La compatibilidad de nuestra solución con el concepto legal y jurisprudencial de alevosía.

La última tarea en este capítulo será mostrar, en un primer acercamiento que se desarrollará en el capítulo siguiente, que el criterio de la eliminación de la legítima defensa no sólo es compatible sino que presenta una importancia fundamental de cara a la interpretación de la definición legal de la alevosía recogida en el Código penal, y

posible reacción defensiva por parte de la víctima y sin asegurar el agresor el resultado. En este segundo caso solo en tal sentido podrá calificarse la agresión como ‘suceso inesperado’ pero sin que lo sorpresivo del hecho lo sea también de ‘su material forma de ejecución’, desde la perspectiva de la indefensión que es la que interesa en la alevosía».

²⁴⁹ STS 922/2010 de 22 de enero (y con las mismas palabras salvo alguna pequeña modificación STS 4302/2011 de 17 de junio): «En último término, según la jurisprudencia, el núcleo de la alevosía, en cualquiera de sus modalidades, se encuentra en aniquilar las posibilidades de defensa. Tres son las modalidades de la alevosía admitidas jurisprudencialmente: a) la proditoria que, como trampa, emboscada o traición que sigilosamente busca, aguarda y acecha, es posiblemente la forma de actuación más comúnmente identificada con lo que la alevosía representa; b) la actuación súbita o inopinada como equivalente a la acción que es imprevista, fulgurante o repentina, actuación sorpresiva a través de un lapso de tiempo mínimo entre el pensamiento concreto (no la idea previa de matar) y la ejecución; y c) la actuación que se aprovecha o prevalece en situaciones especiales de desvalimiento, en este caso como característica más genuina de la cobardía común»; STS 5913/2011 de 15 de junio: «Acerca de la indefensión que en cualquiera de las tres formas está presente en la alevosía [...]»; STS 770/2012 de 24 de enero: «En cualquiera de las modalidades en que se presente, proditoria, sorpresiva o por desvalimiento de la víctima, el núcleo esencial de la alevosía se encuentra en la anulación deliberada de las posibilidades de defensa de la víctima o de cuya situación de indefensión se aprovecha conscientemente el autor para asegurar la acción y sin riesgos para su persona»; STS 7043/2010 de 2 de diciembre: «En definitiva, si el Jurado consideró *no probado* que, tras la paliza recibida, Rita se encontraba desvalida, como tampoco estaba en esa situación cuando la apretó el cuello hasta causarle la muerte por asfixia, difícilmente puede sostenerse que se produjo cualquiera de los supuestos de alevosía que determinan la absoluta indefensión de la víctima: el ataque proditorio o en emboscada, el que se realiza de modo súbito o por sorpresa, o el que deriva de la particular situación de la víctima por hallarse ésta totalmente indefensa por su propia condición (niño, anciano, inválido, etc.) o por encontrarse accidentalmente privada de sentido (sin conocimiento, drogada, etc.)».

también de la definición sostenida por nuestra jurisprudencia. Empecemos por el artículo 22.1 del Código penal que literalmente dice: «Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido [cursiva y subrayado míos]».

Como se comprenderá, del texto interesa en especial la parte resaltada y en la que se lee «sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido». Este fragmento del texto aparece al final del artículo, como si tuviera un valor secundario y se tratara de un añadido complementario a la definición que debido a su colocación sobrecarga la estructura sintáctica, produciendo cierta molestia y dificultad en la lectura. Sin embargo la compresión sintáctica del artículo mejora y la importancia principal de esta parte del artículo se muestra cuando a esta parte se la coloca en el lugar central del texto que la corresponde del modo siguiente: «Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido, tiendan directa o especialmente a asegurarla [cursiva y subrayado míos]».

Dicho de una manera menos literal, pero seguramente más intuitiva, hay alevosía cuando el autor emplea una modalidad que, al impedir el riesgo de la defensa de la víctima, asegura directa o especialmente la ejecución. Como bien se muestra, el papel central en la definición de la alevosía le corresponde a la eliminación del ejercicio de la defensa, porque “los medios, modos o formas” únicamente se conectan con el “aseguramiento especial o directo” gracias a la intermediación de “la eliminación de la defensa”. Es decir, si la modalidad empleada por el autor asegura especial o directamente el resultado, se debe a que se ha eliminado la defensa de la víctima. Al autor no se le aplica la circunstancia de alevosía porque haya actuado con una modalidad que asegura el resultado y además eliminado la defensa, dado que no tendría sentido que si ha asegurado el resultado además se preocupe de eliminar la defensa, sino que se le castiga porque evitó que la víctima se defendiera y gracias a ello aseguró el resultado. Aseguramiento y eliminación de la defensa no se encuentran, por tanto, en

una relación cumulativa (uno más la otra), sino causal (uno a causa de la otra), y en esa relación causal el factor fundamental está en la eliminación de la defensa a la víctima, porque ella es la causa y de ella depende el aseguramiento.

Pero la compatibilidad y el carácter fundamental de nuestro criterio también aparece cuando nos ocupamos de la definición jurisprudencial. Una reciente sentencia de nuestro Tribunal Supremo, STS 8678/2012 de 20 de diciembre, invocando una larga serie jurisprudencial de sentencias recientes, ofrece la siguiente definición de la alevosía: «[...] la jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo los siguientes elementos para apreciar la alevosía: en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas; en segundo lugar, como requisito objetivo que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad; en tercer lugar, en el ámbito subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél; y en cuarto lugar, que se aprecie una mayor antijuricidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades (SSTS 907/2008, de 18-12; 25/2009, de 22-1; 37/2009, de 22-1; 172/2009, de 24-2; 371/2009, de 18-3; 854/2009, de 9-7, 1180/2010, de 22-12; y 998/2012, de 10-12) [cursiva y subrayado míos]»²⁵⁰.

²⁵⁰ STS 8678/2012, de 20 de diciembre. Además de la citadas en la propia sentencia, en términos parecidos: STS 117/2010 de 19 de enero, STS 1569/2010 de 30 de marzo, STS 5289/2010 de 6 de octubre, STS 391/2011 de 27 de enero, STS 1845/2013 de 18 de abril, STS 2883/2013 de 17 de mayo, STS 4774/2013 de 2 de octubre y STS 269/2014 de 24 de enero: «En segundo lugar, que el autor ejecute los hechos empleando medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurar el resultado, precisamente mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad [cursiva y negrita míos]»; STS 3967/2010 de 29 de junio: «En el Código Penal vigente, en el art. 22.1ª, la alevosía se encuentra expresamente delimitada en su ámbito de aplicación a los delitos contra las personas, concretándose como la primera de las circunstancias que cualifican el asesinato en el citado art. 139 de dicho código. Aparece definida por la utilización de medios, modos o formas de ejecución que aseguran la realización del delito porque no existe riesgo para el sujeto activo que pudiera proceder de la defensa el ofendido. Es decir, el núcleo del concepto de alevosía se halla en una conducta que tiene por finalidad eliminar las posibilidades de defensa por parte del sujeto pasivo [cursiva y negrita míos]»; STS 1479/2010 de 2 de marzo, STS 4959/2010 de 17 de julio, STS 7333/2010 de 22 de diciembre, STS 3379/2011 de 13 de mayo, STS 3781/2011 de 23 de mayo, STS 3807/2012 de 22 de mayo, STS 5136/2012 de 26 de junio, STS 8688/2012 de 3 de diciembre, STS 8678/2012 de 20 de diciembre, STS 8678/2012 de 20 de diciembre,

Dentro de esta larga definición, que involucra diferentes elementos o requisitos de la circunstancia, si se presta atención al elemento objetivo, concretamente a la parte resaltada, se confirma de nuevo la importancia central de la eliminación de la defensa. Según señala el Tribunal Supremo el elemento objetivo de la alevosía requiere que el autor utilice una modalidad para la ejecución objetivamente adecuada para asegurarla «mediante la eliminación de las posibilidades de defensa». Es decir, la eliminación de la defensa se entiende como el medio (modo o forma) por el que el autor consigue asegurar el resultado, por lo que de nuevo la eliminación adopta en la definición jurisprudencial el papel central que conecta la modalidad con el aseguramiento. Y otra vez, según esta definición eliminación y aseguramiento se encuentran en una relación no cumulativa sino causal; la eliminación es la causa del aseguramiento o, con más cercanía a la literalidad de la sentencia, el medio para conseguirlo. De ahí que también en la definición jurisprudencial la importancia fundamental recaiga sobre la eliminación de la defensa, porque de ésta depende el darse del aseguramiento²⁵¹.

STS 347/2013 de 15 de enero y STS 1596/2015 de 14 de abril: «En segundo lugar, como requisito objetivo, que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad [cursiva y negrita míos]»; STS 2039/2011 de 14 de abril, STS 5129/2011 de 28 de junio, STS 5144/2011 de 19 de julio, STS 7290/2011 de 2 de noviembre, STS 7689/2011 de 10 de noviembre, STS 5344/2012 de 11 de julio, STS 4775/2013 de 8 de octubre, STS 1465/2014 de 16 de abril, STS 2432/2014 de 10 de junio, STS 5083/2014 de 12 de diciembre, STS 5442/2014 de 26 de diciembre, STS 677/2015 de 25 de febrero, STS 824/2015 de 12 de marzo y STS 2446/2015 de 4 de mayo: «En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el ‘modus operandi’, que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad [...] [cursiva y negrita míos]»; STS 2019/2010 de 22 de abril, STS 1954/2012 de 1 de febrero y STS 3899/2012 de 11 de mayo: «[que] se utilicen en su ejecución medios, modos o formas que sean objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad [cursiva y negrita míos]»; STS 4944/2012 de 10 de julio: «Tal agravante, aplicable a los delitos contra las personas (elemento normativo) se caracteriza por la utilización de medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurar la agresión mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, por la víctima (elemento objetivo) [cursiva y negrita míos]»; STS 1900/2013 de 8 de abril: «En segundo lugar, que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad [...] De lo antes expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en la existencia de una conducta agresora que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa, en cuanto supone el aseguramiento de la ejecución con ausencia de riesgo [cursiva y negrita míos]»; STS 5720/2013 de 18 de noviembre: «*en cuanto al modo de actuar que se utilices [sic] medios modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurar la ejecución, porque eliminan las posibilidades de defensa proveniente [sic] de la víctima, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad [cursiva y negrita míos]*»; STS 2946/2015 de 21 de mayo: «En segundo lugar el elemento instrumental u objetivo, por el que el agente asegure totalmente el resultado mediante la eliminación de las posibilidades de defensa de la víctima [cursiva y subrayado míos]».

²⁵¹ STS 5690/2005 de 29 de septiembre: «Hemos declarado reiteradamente que la alevosía tiene su núcleo esencial en la anulación de las posibilidades de defensa de la víctima»; STS 2268/2010 de 15 de marzo,

Para indicar, sin embargo, que la compatibilidad e importancia de nuestro criterio no es un asunto que sólo tenga que ver con la jurisprudencia más reciente, sino que desde hace tiempo el criterio de la eliminación de la defensa ha sido tomado en cuenta por el Tribunal Supremo, quiero para terminar referirme a un comentario jurisprudencial de DEL ROSAL FERNÁNDEZ escrito en el año 1952²⁵². Los hechos de la sentencia comentada son resumidamente los siguientes: El procesado O. el día 11 de enero de 1951 concibió la idea de realizar un robo, saliendo de su domicilio provisto de

STS 1867/2010 de 25 de marzo y STS 2901/2010 de 27 de abril: «Con esa doble dimensión [objetiva y subjetiva] que la convierte en mixta el punto esencial sobre el que convergen sus dos elementos está en la idea de falta de defensa, esto es de la anulación deliberada de la defensa de la víctima (SS 864/97, 13 de junio; 821/98, 9 de junio; 472/2002, 14 de febrero; y 730/2002, de 2 de noviembre)»; STS 3532/2010 de 16 de abril: «El carácter sorpresivo de la acción no es la esencia de la alevosía, sino una de sus formas. En la jurisprudencia de esta Sala, lo esencial es la indefensión de la víctima frente al autor»; STS 2563/2010 de 14 de mayo y STS 3550/2010 de 8 de junio: «La Jurisprudencia de esta Sala ha puesto de manifiesto que el núcleo del concepto de alevosía se halla en una conducta que tiene por finalidad eliminar las posibilidades de defensa por parte del sujeto pasivo»; STS 3967/2010 de 29 de junio: «En el Código Penal vigente, en el art. 22.1ª, la alevosía se encuentra expresamente delimitada en su ámbito de aplicación a los delitos contra las personas, concretándose como la primera de las circunstancias que cualifican el asesinato en el citado art. 139 de dicho código. Aparece definida por la utilización de medios, modos o formas de ejecución que aseguran la realización del delito porque no existe riesgo para el sujeto activo que pudiera proceder de la defensa el ofendido. Es decir, el núcleo del concepto de alevosía se halla en una conducta que tiene por finalidad eliminar las posibilidades de defensa por parte del sujeto pasivo»; STS 4124/2010 de 14 de julio: «En el caso, como resulta de los hechos probados, el ataque es planeado en sus aspectos generales, pero los medios alevosos en la ejecución surgen desde el momento en el que un grupo de unos quince Latin King rodean a la víctima, impidiéndole la huida y evitando la posible ayuda de terceros, y en esas condiciones, al menos dos de los miembros del grupo lo apuñalan, mientras otros le golpean brutalmente hasta causarle la muerte. Poco importa a los efectos de la alevosía que esa forma de ejecutar la agresión no viniera establecida de antemano, sino que surgiera sobre la marcha y fuera aceptada por los que participaron en el hecho. Lo decisivo es que esa manera de actuar se orientó de forma directa a suprimir cualquier posibilidad de defensa por parte del agredido»; STS 5163/2010 de 29 de septiembre: «En efecto: la jurisprudencia de esta Sala ha reiterado frecuentemente que la esencia de la alevosía de la levosía [sic] se deduce del texto del art. 22.1ª CP y, en este sentido que esta agravante consiste en el aprovechamiento de la indefensión de la víctima y la ausencia de riesgos para el autor»; STS 2039/2011 de 14 de abril: «[...] la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato (art. 139.1ª) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1ª), radica en la inexistencia de posibilidades de defensa por parte de la persona atacada»; STS 3574/2011 de 4 de mayo: «Es esa ausencia de posibilidad de defensa la que entronca con el fundamento de la alevosía»; STS 5129/2011 de 28 de junio: «Respecto a la concurrencia de la alevosía, hace necesario recordar como esta Sala (SSTS. 246/2011 de 14.4 y 1145/2006 de 23.11), viene aplicando el concepto de alevosía a todos aquellos supuestos en que por el modo de practicarse la agresión queda de manifiesto la intención del agresor o agresores de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir, la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato (art. 139.1ª) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1ª), radica en la inexistencia de posibilidades de defensa por parte de la

una rasqueta, usual en su oficio de pintor, y vagando por la calle recordó a C., de quien conocía su posición económica desahogada, por lo que decidió encaminarse a su domicilio. Subiendo al piso llamó a la puerta, abriéndole, no obstante su carácter receloso, la esposa de C., llamada A., a quien pregunto por aquél, y como le contestase que no estaba, decidió marcharse; más al llegar a la calle decidió volver al indicado domicilio para tratar de apoderarse de algo. Llamando a la puerta y franqueándole la entrada A., pretextó tener que darle un recado urgente al esposo de ésta, al tiempo que

persona atacada»; STS 7285/2011 de 17 de octubre: «Pues como ya dijera, entre tantas otras semejantes, la STS de 1 de Junio de 2006: *‘Hemos declarado reiteradamente que la alevosía tiene su núcleo esencial en la anulación de las posibilidades de defensa de la víctima [...]*»; STS 7290/2011 de 2 noviembre (y prácticamente en los mismos términos STS 7689/2011 de 10 de noviembre): «El contenido y desarrollo del motivo hace necesario recordar como esta Sala (STS 765/2011 de 19-7, 632/2011 de 28-6; 246/2011, de 14-4) viene aplicando el concepto de alevosía a todos aquellos supuestos en que por el modo de practicarse la agresión queda de manifiesto la intención del agresor o agresores de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir, la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato (art. 139.1ª) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1ª), radica en la inexistencia de posibilidades de defensa por parte de la persona atacada»; STS 9339/2011 de 30 de diciembre: «En todo caso, como recordábamos en la Sentencia antes citada, la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato (art. 139.1ª) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1ª), radica en la inexistencia de posibilidades de defensa por parte de la persona atacada, aunque es compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación (Sentencias de este Tribunal Supremo nº 1265/2004 de 2 de noviembre y núm. 1890/2001 de 19 de octubre), o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (STS núm. 178/2001 de 13 de febrero) »; STS 3899/2012 de 11 de mayo: «siendo el fundamento de la alevosía la inexistencia de posibilidades de defensa por parte de la persona atacada (STS núm. 244/2008, de 16 de mayo, entre otras)»; STS 178/2013 de 29 de enero: «Con esa doble dimensión, extensible a la circunstancia que en este caso cualifica el delito de asesinato (art. 139.1ª CP) frente a la modalidad básica de homicidio, el punto esencial sobre el que convergen sus dos elementos (objetivo y subjetivo) estriba en la indefensión de la víctima, es decir, en la anulación deliberada de la defensa que pudiese provenir del agredido»; STS 1900/2013 de 8 de abril: «Como señalaba la STS núm. 1890/2001, de 19 de octubre, el núcleo de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa»; STS 4299/2013 de 16 de julio: «De acuerdo a nuestra [sic] jurisprudencia, por todas la STS de 1 de Junio de 2006, la alevosía tiene su núcleo esencial en la anulación de las posibilidades de defensa de la víctima»; STS 1465/2014 de 16 de abril, STS 2432/2014 de 10 de junio y STS 5083/2014 de 12 de diciembre (y prácticamente igual STS 5442/2014 de 26 de diciembre): «Respecto a la concurrencia de la alevosía en SSTs. 703/2013 de 8.10, 599/2012 de 11.7, 632/2011 de 28.6, se explica que la jurisprudencia viene aplicando la alevosía a todos aquellos supuestos en los que el modo de practicarse la agresión queda de manifiesto la intención del agresor o agresores de conectar [sic: cometer] el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir, la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito asesinato (art. 139-1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22-1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada»; STS 677/2015 de 25 de febrero, STS 825/2015 de 2 de marzo (sin citar el primer precedente) y STS 824/2015 de 12 de febrero: «En relación a la alevosía en SSTs. 838/2014 de 12.12, 703/2013 de 8.10, 599/2012 de 11.7, y 632/2011 de 28.6, hemos dicho que el Tribunal Supremo viene aplicándola a todos aquellos supuestos en los que por el modo de practicarse la agresión quede de manifiesto la intención del agresor del agresor de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato, (art. 139.1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada»; STS 2446/2015 de 4 de mayo: «Respecto a la concurrencia de la alevosía en SSTs 632/2011 de 28.6, y 599/2012 de 11.7, se explica que el TS viene aplicando la alevosía a todos aquellos supuestos en los que el modo de practicarse la agresión queda de

inició una conversación sobre si su hijo se casaría pronto. A. le hizo pasar al comedor, situándose el procesado a la derecha de una mesa en la que A. se hallaba planchando, y teniendo ésta al alcance de su mano la plancha eléctrica desconectada. En tal forma colocados, el procesado preguntó a la señora A. si el número al que debía llamar a C. era el que conocía, manifestándole A. que era otro. El procesado se acercó al teléfono distante del punto anterior unos tres pasos al fondo de la habitación, en cuyo momento, al tiempo que simulaba llamar por teléfono, sacando el procesado la rasqueta del bolsillo de la gabardina, de lo que se apercibió claramente A., y esgrimiéndola, avanzó de frente los tres pasos que mediaban entre ambos, acometiéndola, primeramente, dándole o amagando un golpe al vientre y luego golpeándole con dicha rasqueta en la cabeza dos o más golpes, cayendo al suelo la víctima, en donde continuó golpeándola, sin que conste que dichos golpes fueran mortales, y creyéndola muerta se dirigió a una habitación a revisar los muebles; más al advertir que la víctima gemía, con un cuchillo de grandes dimensiones que encontró en un cajón le dio dos cortes, uno en la barba y otro en el cuello, ambos penetrantes, causando con el segundo el corte de la yugular, lo que fue causa inmediata de la muerte de A.

Frente a estos hechos el Ministerio Fiscal recurrió en casación solicitando la estimación de la circunstancia de alevosía, que no había sido apreciada en la sentencia del Tribunal Provincial. Y lo interesante del caso presentado por DEL ROSAL FERNÁNDEZ es comprobar cuál fue el argumento utilizado por el Tribunal Supremo para desestimar la concurrencia de la circunstancia de alevosía. La argumentación literal del Tribunal fue la siguiente: «Respecto al único motivo del recurso del Ministerio Fiscal, que la circunstancia agravante de alevosía, número 1.º del artículo 10 del Código penal, rechazada por la sentencia recurrida en razón a que los hechos probados suscitan la duda en el ámbito del Tribunal Provincial para asegurar rotundamente que la víctima no pudo defenderse, no cabe sea estimada, a pesar de los importantes elementos de hechos aducidos para resolver aquella duda por el Ministerio recurrente en atención a que, en el

manifiesto la intención del agresor o agresores de conectar el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir, la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito asesinato (art. 139-1º) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22-1º), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada».

²⁵² DEL ROSAL FERNÁNDEZ, Juan, «Alevosía, atenuante análoga y encubrimiento en el delito de robo con homicidio», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 5, Núm. 1, 1952.

caso de autos, la inacción de la víctima, que claramente se apercibió de que el procesado sacaba la rasqueta del bolsillo de la gabardina, no es aquella inacción de que la voluntad se halle ausente por completo y que se da en toda persona, por fuerte y valerosa que sea, respecto a una agresión que no llega a advertir, sino el sobrecojimiento que se apodera de quien observa, en el curso de una situación amistosa, que se transforma de repente en enemigo, porque contra ésta puede reaccionar pronto o tarde, a diferencia de aquella otra inacción en que reobrar es imposible en todo momento, y basta esa posibilidad de defenderse, no actuada o hasta distinta, para excluir el requisito de muerte a mansalva, por eliminación de riesgos para el matador, que, con el elemento de muerte segura, constituyen en la antigua Legislación española, y en el número primero del artículo 10 del vigente Código penal, los elementos integrantes de la circunstancia agravatoria de alevosía, sea genérica o cualificativa [cursiva y subrayado míos]»²⁵³.

Como se puede apreciar a partir del texto transcrito, y concretamente de la parte resaltada, la evitación de la defensa se convierte para el Tribunal Supremo en el criterio determinante empleado para decidir en este caso la concurrencia de alevosía. Ciertamente en función del abuso y quebrantamiento de la confianza resulta difícil que el Tribunal Supremo pudiera negar la alevosía, pues toda la actuación del autor presenta los elementos característicos demasiado cercanos al actuar traicionero; el autor hace creer a A. que tiene un mensaje urgente para su marido con la finalidad de introducirse en la casa, invoca la confianza de la víctima iniciando una conversación sobre cuestiones familiares, simula que va a hacer una llamada para colocarse en una posición ventajosa, oculta todo el tiempo hasta el ataque su arma en el bolsillo, etc. Tampoco convence que el especial riesgo de producir el resultado pudiera servir al Tribunal como un criterio válido para desestimar la existencia alevosía; sería extraño mantener, a la vista de que la víctima está muerta, que la actuación del autor no era alevosa, porque no era especialmente arriesgada. En cambio el criterio central en que se basa el Tribunal para rechazar la presencia en el caso de alevosía es la eliminación de la defensa. Si no existe alevosía para el Tribunal Supremo se debe a que apreció que el autor no había eliminado la defensa de la víctima, porque pese a que ésta no actuó pudo haberlo hecho

²⁵³ DEL ROSAL FERNÁNDEZ, Juan, «Alevosía, atenuante análoga y encubrimiento en el delito de robo con homicidio», ob. cit., pág. 74.

contra un ataque que el autor le dirigía de frente y que era capaz de repeler gracias a que cerca de ella contaba un objeto contundente (la plancha). Y es esta eliminación de la defensa de la que dependen los otros dos factores secundarios de la modalidad y el aseguramiento; la modalidad empleada es alevosa porque sirve para eliminar la defensa de la víctima y el aseguramiento se produce porque se ha eliminado la legítima defensa. En el caso al no haberse eliminado las posibilidades de defensa, la modalidad del autor, pese a contener muchos elementos traicioneros, no puede considerarse alevosa, porque no produjo la indefensión de la víctima. E igualmente sin la eliminación de la defensa tampoco puede afirmarse el aseguramiento, porque, pese a la muerte de la víctima, este resultado seguro no deriva de la eliminación de la defensa. Con ello, también en la antigua jurisprudencia, en este caso resuelto desde hace muchos años, la eliminación de la defensa aparecía como el criterio principal que permitía decidir la concurrencia de la circunstancia de alevosía.

1.4 Conclusión

Como dije más arriba, para que la alevosía estuviera fundamentada en los fines de retribución o de prevención era necesario localizar dentro la descripción de la circunstancia del artículo 22.1 del Código penal razones de una mayor gravedad del delito, pues en caso de que esto no fuera posible, entonces la circunstancia carecería de fundamento desde la perspectiva de ambos fines; sin una mayor gravedad del delito no existiría justificación alguna para aumentar la pena ni desde el punto de vista de la retribución, porque todo aumento de pena supone que se está retribuyendo una mayor gravedad del delito, pero tampoco desde una consideración preventiva proporcionada y eficaz, porque aquí también no vulnerar el principio de proporcionalidad ni contrarrestar la eficacia de la prevención exige que todo aumento de pena se acompañe necesariamente de una mayor gravedad del delito. A partir de la solución de la legítima defensa invertida ha sido posible en el apartado anterior localizar la causa de la mayor gravedad del delito cometido con alevosía. Ello se debe, como se ha visto, a que el autor alevoso cuando comete el delito contra las personas, al impedir ejercer a la víctima la legítima defensa, añade al injusto de atentar contra su persona el injusto de vulnerar su derecho de defensa. Esto permite que la alevosía esté fundamentada en los fines de retribución y de prevención. Es ahora cuando puede ofrecerse finalmente una

formulación completa del fundamento de la circunstancia; el fundamento la alevosía radica en retribuir o prevenir (proporcionada o eficazmente) un delito que se ha convertido en más grave porque se ha infringido el derecho de la víctima a ejercer su defensa.

CAPÍTULO 2

Los elementos de la definición de alevosía

Toda acción se comporta así: realizada por sí misma no es de suyo ni hermosa ni fea, como, por ejemplo, lo que hacemos nosotros ahora, beber, cantar, dialogar. Ninguna de estas cosas en sí misma es hermosa, sino que únicamente en la acción, según se haga, resulta una cosa u otra: si se hace bien y rectamente resulta hermosa, pero si no se hace rectamente, fea²⁵⁴.

Platón

2.1 Introducción

HASSEMER se refirió hace ya algunos años en un artículo de los años setenta, en donde se ocupaba del estudio de las circunstancias del asesinato [*Mordmerkmale*] —en especial del asesinato *alevoso* y por motivos bajos²⁵⁵—, a las dificultades que enfrenta el lenguaje jurídico en toda época cuando trata de delimitar los contornos de este delito especialmente grave y, por tanto, de las circunstancias que lo caracterizan frente al homicidio: «Tales dificultades con el lenguaje jurídico son en el § 211 [artículo del Código penal alemán donde se regula, entre otras circunstancias del asesinato, la alevosía] son por supuesto sintomáticas. Todo tribunal y todo legislador estuvo y está ante la dificultad de describir típicamente y reconocer de nuevo en el juicio penal con una seguridad suficiente un delito que afecta e intranquiliza la conciencia de la comunidad jurídica de forma tan poderosa como el asesinato. Casi todos los ordenamientos jurídicos junto a la muerte de un hombre todavía han destacado el especialmente grave, rechazable, espantoso y por lo tanto especialmente reprochable

²⁵⁴ «Banquete», en *Diálogos*, Tomo III, introducciones, traducciones y notas de Carlos GARCÍA GUAL, Marcos MARTÍNEZ HERNÁNDEZ y Emilio LLEDÓ ÍÑIGO, Edit.: Biblioteca Básica Gredos, Madrid, 2000, págs. 203 y s.

²⁵⁵ En nuestro Código penal no existe una circunstancia del asesinato referida a motivos bajos o abyectos, aunque cabe trazar un cierto paralelismo con la circunstancia agravante (modificada recientemente por la LO 1/2015 de 15 de marzo) del artículo 22.4 CP español: «Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad». El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal del 1980, en cambio, sí llegó a incluir entre las circunstancias del asesinato los “móviles abyectos o fútiles”.

delito contra la vida humana. Con ello la constitución histórico-cultural de una sociedad viene a expresarse también, y no en último término, en la elección de las circunstancias del asesinato. Precisamente esta estrecha relación del asesinato con las emociones de los miembros de la comunidad jurídica —ya la palabra ‘asesinato’ es un estereotipo cargado sentimentalmente— hace difícil, cuando no imposible, apresar en palabras el contenido de merecimiento penal de los hechos referidos por la ley. La historia de las normas y el Derecho comparado muestran también entonces el esfuerzo, que no llega a su fin, de los ordenamientos jurídicos por concretar respecto a las acciones de matar las ideas de reprochabilidad de la correspondiente sociedad y por revisar siempre de nuevo las concreciones, siempre y cuando estas [concreciones], como acaso el art. 112 del Código penal suizo, no interrumpan este esfuerzo refiriéndose a la ‘aptitud especialmente reproachable’ o a la ‘peligrosidad’ del autor y en adelante dejen dicho esfuerzo a la jurisprudencia»²⁵⁶.

Pese a las dificultades que presenta la descripción típica del asesinato, en una tradición que se remonta al Código penal de 1870²⁵⁷, el actual Código español ha tomado la decisión, a diferencia de otras legislaciones penales²⁵⁸, de definir en su

²⁵⁶ HASSEMER, Winfried, «Die Mordmerkmale, insbesondere „heimtückisch“ und „niedrige Beweggründe“ - BGHSt 23, 119», ob. cit., págs. 627 y s.: «Solche Schwierigkeiten mit der juristischen Sprache sind bei § 211 freilich symptomatisch. Jedes Gericht und jeder Gesetzgeber stand und steht vor der Schwierigkeit, ein Verbrechen tatbestandlich zu beschreiben und im Strafurteil mit genügender Sicherheit wiederzuerkennen, welches das Bewußtsein der Rechtsgemeinschaft so stark berührt und beunruhigt wie der Mord. Fast alle Rechtsordnungen haben neben der Tötung eines Menschen noch das besonders schwere, abstoßende, furchteinflößende, eben das besonders verwerfliche Delikt gegen menschliches Leben herausgehoben. Dabei kommt in der Auswahl der Mordmerkmale nicht zuletzt auch die kulturhistorische Verfassung einer Gesellschaft zum Ausdruck. Gerade diese enge Verbindung der Mordtat mit den Emotionen der Rechtsgenossen - schon das Wort ‚Mord‘ ist ein gefühlsbefrachtetes Stereotyp - macht schwer, wenn nicht unmöglich, den Strafwürdigkeitsgehalt der vom Gesetz gemeinten Taten in Worte einzufassen. Die Normengeschichte und die Rechtsvergleichung zeigen denn auch das nicht ans Ende kommende Bemühen der Rechtsordnungen, die Verwerflichkeitsvorstellungen der jeweiligen Gesellschaft im Hinblick auf Tötungshandlungen zu konkretisieren und die Konkretionen immer wieder zu revidieren, wenn sie nicht, wie etwa Art. 112 SchweizStGB, dieses Bemühen mit dem Hinweis auf die ‚besonders verwerfliche Gesinnung oder‘ die ‚Gefährlichkeit‘ des Täters einstellen und das weitere der Rechtsprechung überlassen».

²⁵⁷ PUIG PEÑA, Federico, «Alevosía», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo II, ob. cit., pág. 559: «Tras la variable fisonomía que esta agravante ha tenido en el curso de su desarrollo histórico, se fijó, por fin, su concepto actual a partir del Código de 1870, que, en esencia, pasó a los Ordenamientos posteriores [y también al nuestro actual]». La última afirmación mía entre corchetes puede comprobarse a través de una rápida lectura del artículo 10.2 del Código penal de 1870, que con pequeñas variaciones respecto a la formulación actual disponía: «Hay alevosía, cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas, empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona, que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido».

²⁵⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., Valencia, 2013, pág. 48, se refiere en concreto a la situación en Alemania «cuyo Código penal, por cierto, carece de una definición de alevosía».

artículo 22.1 una de las circunstancias cualificantes del asesinato²⁵⁹, la alevosía²⁶⁰, mediante la siguiente fórmula²⁶¹: «Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa del ofendido»

A la vista de la definición es evidente el esfuerzo del legislador por proporcionar una descripción detallada y exhaustiva de la figura²⁶². Este hecho no impide, sin embargo, que el intérprete penal se encuentre en no pocas dificultades a la hora de explicar la circunstancia y ofrecer de ella un tratamiento sistemático, y que en este sentido la alevosía continúe siendo una de las circunstancias más problemáticas y discutidas²⁶³. La mayor dificultad reside, a mi juicio, en encontrar un enfoque desde el

²⁵⁹ El Tribunal Supremo ha reconocido en su STS 2039/2011 de 14 de abril que: «La alevosía cualificadora del asesinato, art. 139.1, no presenta diferencia alguna con la agravante genérica del art. 22.1 [...]».

²⁶⁰ Circunstancia que además de cualificante del asesinato, como se expondrá detalladamente en el capítulo 3, es circunstancia cualificante de las lesiones del artículo 148.2 y agravante del 22.1.

²⁶¹ SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 834, parte de la suposición de que el Código penal no deja a la libertad del intérprete penal la definición de la alevosía «quizá por no confiar demasiado en él o para evitar el arrastre de los antecedentes históricos de esta circunstancia». SOTO NIETO, Francisco, «La alevosía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista jurídica La Ley*, 2005, Vol. 1, pág. 1778: «No hay que intentar una definición adecuada de la alevosía, en tanto que es la propia ley la que ha cuidado de hacerlo proporcionándonos un concepto en cierto modo descriptivo que, en sí mismo, supone una interpretación auténtica del ser de la alevosía y del *iter* realizado merced al que se desarrolla y fragua en la realidad».

²⁶² JIMÉNEZ ASEÑO, Enrique, «El elemento psicológico en la alevosía», ob. cit., págs. 453 y s.: «Tal vez sean nuestros juristas quienes hayan tratado con mayor atención y certeza esta circunstancia agravatoria de la responsabilidad humana y logrado un concepto más acabado de la misma, en relación con las fórmulas o definiciones forasteras. Contra la sistemática generalmente seguida, nuestro Código Penal alude a ella por partida doble; una vez como circunstancia genérica de gravación responsable (art. 10 [actual 22.1]) y otra como circunstancia específica cualificativa del delito de asesinato». PUIG PEÑA, Federico, «Alevosía», ob. cit., pág. 559: «A esta definición legal, bastante aceptable, se le han señalado, sin embargo, algunos defectos [...]. Pero, con todo, es, como decimos, una fórmula bastante correcta que satisface, en nuestro sentir, las exigencias jurídicas. Por lo menos, es más amplia y certera que algunas extranjeras, como la del Código francés, que parifica simplemente el supuesto con la *agresión en acecho*; o la del austríaco, que la restringe a la muerte *con perfidia*: o la de otros Códigos, que sólo hablan de la muerte *simulando amistad*, etc. La fórmula del Código español ha tenido, además, la virtud de influir en la mayoría de los Códigos sudamericanos, que reproducen casi íntegramente su texto».

²⁶³ ANTÓN ONECA, José / RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *Derecho Penal, Tomo I, Parte General*, ob. cit., pág. 351, refiriéndose a la alevosía: «Reviste esta circunstancia gran importancia, por ser una de las calificativas del asesinato y de las lesiones. Es su interpretación de considerable dificultad, porque el Código, no objetante su voluntad de precisión, no ha logrado delimitar claramente sus contornos». También la doctrina alemana ha destacado el carácter discutido de la alevosía [*Heimtücke*] como circunstancia del asesinato del § 211 del Código penal alemán: *Schönke / Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, ob. cit., ESER/STERNBERG-LIEBEN § 211 nm. 23, pág. 2039: «Alevosía. Esta circunstancia del asesinato, que juega un rol especialmente importante en la praxis [...] es desde hace mucho [...], y ciertamente ante todo por eso discutida [...] [*Heimtücke. Dieses Mordmerkmal, das in der Praxis eine besonders große Rolle spielt [...], ist schon seit langem [...] und zwar vor allem deshalb umstritten [...]*]»; *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, ob. cit., NEUMANN § 211 nm. 47, pág. 1602: «La

que individualizar los diferentes elementos que configuran la definición de alevosía y establecer la manera en que quedan estructurados recíprocamente. Pienso que ese punto de partida no se halla en la tantas veces discutida naturaleza objetiva o subjetiva de la alevosía²⁶⁴. En el Derecho penal, que en definitiva se ocupa del análisis de las acciones descritas típicamente, se sabe desde hace tiempo que en la acción humana comparece tanto una vertiente objetiva como subjetiva. Si la alevosía se entiende bajo la perspectiva de la acción, y si no fuera así el Derecho penal no tendría que ocuparse de ella, presentará inevitablemente aspectos tanto objetivos como subjetivos²⁶⁵. Si pese a

circunstancia del asesinato de alevosía es objeto con frecuencia de críticas en la doctrina especialmente en la interpretación dada por la jurisprudencia [*Das Mordmerkmal der Heimtücke stößt im Schrifttum insb. in der Interpretation, die es durch die Rspr. erfährt, vielfach auf Kritik*]». *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch §§ 185-262*, Dr. Klaus MIEBACH und Dr. Günther M. SANDER (redactores del tomo), Edit.: C. H. Beck, Múnich, 2003, SCHNEIDER § 211 nm. 122, pág. 411: «La circunstancia de alevosía es sumamente relevante en la praxis y altamente discutida en la dogmática jurídico-penal [*Das Merkmal der Heimtücke ist überaus praxisrelevant und strafrechtsdogmatisch höchst umstritten*]».

²⁶⁴ Acerca de esta discusión que no parece arrojar ningún saldo definitivo, quizá y seguramente por la diferencia de sentido con que se utilizan los términos “subjetivo” y “objetivo” por distintos autores y en diversos momentos dentro de la doctrina, puede consultarse cualquiera de las tres monografías dedicadas a la alevosía en sus capítulos referidos a la naturaleza de la misma. Así, CAMARGO HERNÁNDEZ, Cesar, *La alevosía*, ob. cit., capítulo II, ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La Alevosía (Estudio de determinados aspectos de la Agravante del N.º 1 del Código Penal)*, con Prólogo de Manuel Cobo del Rosal, Edit.: Universidad de Valencia, Valencia, 1982, capítulo II, y MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., capítulo III.

²⁶⁵ Situación extensible a todas las otras circunstancias agravantes. Así, MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pág. 633: «Importa destacar que, pese a la clasificación propuesta de las agravantes como ‘objetivas’ o como ‘subjetivas’, todas ellas requieren la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos. Así, cuando son objetivas no por ello pueden dejarse de conocer y querer sus elementos objetivos, como requiere la exigencia de dolo. Y cuando son subjetivas requieren también algunos elementos objetivos». En el mismo sentido la doctrina italiana al referirse a la circunstancia genérica de la defensa disminuida del artículo 61.5 del Código penal italiano (: «el haber aprovechado las circunstancias de tiempo, lugar o persona tales de obstaculizar la defensa pública o privada [*l’avere profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona tali da ostacolare la pubblica o privata difesa*]»), análoga a nuestras circunstancias de los artículos 22.1 (alevosía) y 22.2 (alevosía de segundo grado), BISACCI, Maria Chiara, «L’elemento soggettivo nella aggravante della minorata difesa», en *Cassazione penale*, fasc. 2, 1999, pág. 504: «[...] la evidencia del elemento subjetivo de la agravante examinada no parece incompatible con una definición de la misma como circunstancia objetiva a la luz del art. 70 c.p. En efecto la división entre circunstancias objetivas y circunstancias subjetivas enunciada por esta última norma se basa sobre aquellas que son las notas características de cada una de las circunstancias, esto es sobre aquellas que parecen ser prevalentes. Se piensa por ejemplo en la agravante del art. 61 n. 4 [*L’avere adoperato sevizie, o l’avere agito con crudeltà verso le persone*: El haber empleado sevicias o el haber actuado con crueldad contra las personas] que atañe a las modalidades de la acción y por tanto debería ser calificada como objetiva, pero que revelando una mayor criminalidad del sujeto agente es considerada por parte de la doctrina como circunstancia subjetiva [...] *l’evidenziazione dell’elemento soggettivo dell’aggravante in esame non appare incompatibile con una definizione della stessa quale circostanza oggettiva alla luce dell’art. 70 c.p.. Infatti la ripartizione fra circostanze oggettive e circostanze soggettive enunciata da quest’ultima norma si basa su quelle che sono le note caratterizzanti di ciascuna circostanza, cioè su quelle che appaiono essere prevalenti. Se così non fosse numerose sarebbero le circostanze per le quali risulterebbe impossibile una classificazione sulla base dei criteri forniti da tale norma; Si pensi ad esempio all’aggravante di cui all’art. 61 n. 4 che attiene alle modalità dell’azione e quindi dovrebbe essere qualificata come oggettiva, ma che rivelando una maggior criminalità del soggetto agente è considerata da parte della dottrina quale circostanza soggettiva*]».

concurrir ambos aspectos en la circunstancia se continúa insistiendo en recalcar su carácter (predominantemente) objetivo o subjetivo, la justificación sólo parece encontrarse en razón de la comunicabilidad de las circunstancias en la codelincuencia, dado que de acuerdo al artículo 65 del Código penal únicamente las circunstancias objetivas serían comunicables a los partícipes²⁶⁶. Sin embargo, dicha razón no resulta completamente convincente. Porque la finalidad del artículo 65²⁶⁷ no está dirigida a establecer una clasificación conforme al criterio objetivo/subjetivo de las agravantes y atenuantes, sino exclusivamente a regular en qué caso las circunstancias en que incurra el autor serán aplicables al resto de partícipes²⁶⁸. En este sentido establece la

²⁶⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., págs. 633 y s.: «Hablo, pues, de agravantes objetivas o subjetivas en el sentido de que en ellas es una *razón objetiva o subjetiva*, respectivamente, la causa primera de la agravación. La distinción es importante en orden a la *comunicabilidad* de las agravantes en caso de codelincuencia: a los efectos del art. 65 CP sólo las objetivas serán comunicables a los distintos intervinientes en el hecho». Igualmente en la doctrina italiana, ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, ob. cit., págs. 442 y s.: «Como se destaca en el art. 70 del Código [italiano], son objetivas las circunstancias que conciernen a: 1) la naturaleza, la especie, los medios, el objeto, el tiempo, el lugar y toda otra modalidad de la acción; 2) la gravedad del daño o del peligro derivado del delito; 3) las condiciones o las cualidades personales del ofendido. Son circunstancias subjetivas, en cambio, aquellas que reflejan: 1) la intensidad del dolo o el grado de la culpa; 2) las condiciones o las cualidades personales del culpable; 3) las relaciones entre el culpable y el ofendido. La distinción delineada está destinada sobre todo a establecer cuáles de ellas se comunican en caso de participación de más personas en un mismo delito [*Come si rileva dall'art. 70 del codice, sono oggettive le circostanze che concernono: 1) la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo de ogni altra modalità dell'azione; 2) la gravità del danno o del pericolo derivato dal reato; 3) le condizioni o le qualità personali dell'offeso. Son circostanze soggettive, invece, quelle che riflettono: 1) l'intensità del dolo o il grado della colpa; 2) le condizioni o le qualità personali del colpevole; 3) i rapporti tra il colpevole e l'offeso. La distinzione delineata è destinata soprattutto a stabilire quali di esse si comunichino in caso di partecipazione di più persone ad uno stesso reato*]». Igualmente PAGLIARO, Antonio, *Principi di Diritto Penale, Parte Generale*, ob. cit., pág. 467: «Estas distinciones [entre circunstancias objetivas y subjetivas], más allá de ilustrar la razón sustancial del aumento o disminución de la pena, tienen una relevancia práctica para el tema del concurso de personas [*Queste distinzioni, oltre a illustrare la ragione sostanziale dell'aumento o diminuzione di pena, hanno qualche rilievo pratico in tema di concorso di persone*]».

²⁶⁷ «Artículo 65:

1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquellos en quienes concurren.

2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación en el delito.

3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate»

²⁶⁸ De la misma opinión ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., págs. 157 y s., respecto del artículo 60 del antiguo Código penal, antecedente del actual artículo 65 del Código penal: «Como poníamos de manifiesto al estudiar la naturaleza jurídica de esta agravante, entendíamos, que el artículo 60 del Código en sus dos párrafos no contenía una clasificación de las circunstancias en subjetivas y objetivas, pues tal artículo no había sido puesto allí por el legislador para tal finalidad, sino para solucionar el problema de los copartícipes en aquellos hechos, en los que al concurrir una agravante o atenuante, pudiera serles o no de aplicación las mismas. De no admitirse así, quedarían siempre excluidos [sic], pudiéndose llegar a soluciones totalmente injustas. De ahí el doble párrafo, que distingue, entre las que no son comunicables a los partícipes y las que lo son y con qué requisitos. Pues si entendíamos que

diferenciación entre circunstancias *personales* que no resultan comunicables y circunstancias *referidas a la ejecución* que en cambio lo son. Dentro de esta distinción las circunstancias personales no se identifican, sin embargo, con subjetivas, al menos en sentido usual en que actualmente los penalistas utilizan este término, pues no dependen de las representaciones del autor (conocimiento y/o voluntad), sino que se refieren a hechos tan objetivos como que el autor sea reincidente o se encuentre bajo los efectos de una grave adicción, circunstancias personales efectivamente no transmisibles a los partícipes. De igual manera, las circunstancias referidas a la ejecución no equivalen sin más a objetivas, pues, como señala el artículo 65.2, requieren para ser aplicadas a los partícipes que se las representen en su conocimiento, requisito subjetivo que con mayor razón deberá ser exigible respecto al autor en el que concurren tales circunstancias.

Más interesante que adoptar un enfoque —en ocasiones bastante confuso²⁶⁹ y en realidad de poca utilidad práctica de acuerdo al artículo 65— basado en la naturaleza (predominantemente) objetiva o subjetiva de la alevosía, me parece tratar de entender y analizar esta figura jurídica desde la perspectiva del fenómeno de la acción. Pues bien, no representará ninguna sorpresa si se afirma ahora que en el artículo 22.1 se describe una modalidad de acción²⁷⁰. Es decir, cuando el Código define la alevosía no ocurre

en dicho artículo lo que se establecía es la citada clasificación, de las circunstancias según tengan una naturaleza objetiva o subjetiva, quedarían fuera de las agravantes no sólo los partícipes del hecho en que concurra una circunstancia subjetiva, sino también todos aquellos que concurriendo una circunstancia, cualquiera que sea su naturaleza, requiera un elemento subjetivo, sin el cual no puede ésta apreciarse, y comprensivo no sólo del requisito de su conocimiento, sino de la intención, como en el caso de la alevosía, de hacer uso de tales medios en provecho propio»

²⁶⁹ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Teoría y Práctica del Derecho penal. Tomo II*, ob. cit., pág. 1006, en referencia a diferentes posturas objetivas y subjetivas en torno a la circunstancia de alevosía afirma: «Es probable que la contraposición real de estas afirmaciones no sea tan radical como a primera vista lo parece. Es muy probable que no haya unidad de conceptos en lo que cada uno se entiende por objetivo y subjetivo». MAPELLI CAFFARENA, Borja, «El dolo eventual en el asesinato», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Tomo 41, Núm. 2, 1998, pág. 442: «Más problemática ha resultado la reelaboración de los contenidos de sus vertientes objetiva y subjetiva, debido, sobre todo, a que los calificativos objetivo y subjetivo se emplean con significado en ocasiones diverso, a veces para diferenciar lo que corresponde al injusto —objetivo— o la culpabilidad —subjetivo— y, a veces, este último para hacer referencia a un elemento tendencial o volitivo en el autor frente al sustrato fáctico». SALINERO ALONSO, Carmen, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código penal*, ob. cit., 52: «Ciertamente el reconocimiento y aceptación de que todas las circunstancias se componen de elementos objetivos y subjetivos, y la variedad de criterios de la doctrina y jurisprudencia, que en ocasiones les ha atribuido especiales fundamentaciones, incrementan la confusión».

²⁷⁰ MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 65: «La alevosía se refiere y concreta a la manera en que el delito es cometido». ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 124: «Intimamente [sic] ligado con el problema de que el empleo de medios, modos o formas, se refieren a la acción, es la consecuencia de que la alevosía se refiere a la ejecución del delito, es decir a como [sic] se realiza éste, y no al estado del sujeto pasivo». ANTÓN ONECA, José / RODRÍGUEZ

como en otros artículos donde se determina materialmente *qué* (delito) comete el autor, sino que, en cambio, se describe formalmente *cómo* lo comete. Así por ejemplo en el artículo 138 se dice que lo que *materialmente* comete el autor es matar a otro, o en el 163 privar a otro de su libertad, pero en el artículo 22.1 sólo se describe una *forma* de actuar. En realidad para el 22.1 lo auténticamente relevante no es *qué* haga el autor, pues basta que adopte como contenido o *materia* de su acción teóricamente cualquiera de los delitos contra las personas, sino que lo determinante está en la *forma* cómo lo haga. El

MUÑOZ, José Arturo, *Derecho Penal, Tomo I, Parte General*, ob. cit., pág. 352: «La alevosía es concretada por la letra de la ley a la ejecución del delito, a haberlo realizado de un modo en vez de otro». MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pág. 634: «Por tratarse de una agravante referida a los procedimientos de comisión (‘medios, modos o formas de ejecución’) [...]». GÓMEZ RIVERO, Carmen, «Presupuestos y límite de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal», ob. cit., pág. 36: «[...] el específico contenido de desvalor consiste en que el autor emplea un ‘modus operandi’ que contextualiza a la acción en unas coordenadas ajenas a lo que habría sido el decurso de los hechos en condiciones normales». PUIG PEÑA, Federico, «Alevosía», ob. cit., págs. 558 y s.: «Dentro de las circunstancias que encuentran su agravación por el *modo* o *manera* como el culpable realiza la infracción criminal cabe colocar, en lugar preeminente, a la *alevosía* [...]». JIMÉNEZ ASEÑO, Enrique, «El elemento psicológico en la alevosía», ob. cit., pág. 459: «La alevosía es una circunstancia modal, una forma de ejecución delictiva». CAMAÑO ROSA, Antonio, *Legítima defensa, alevosía (Apartado de la “Revista de Criminología”)*, Edit.: Dirección General de Institutos Penales, 1958, pág. 74: «Con referencia particular a la alevosía, más acertados nos parecen los que destacan su carácter *predominantemente objetivo*, pues se concreta a la ejecución del delito, a haberlo realizado de un modo en vez de otro». En cambio SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 853, adopta una posición diferente al considerar la alevosía no como una modalidad de cometer delitos contra las personas, sino como una acción que se diferencia del concreto delito contra las personas cometido: «Como ya he indicado el artículo 22.1 C.p. al utilizar la fórmula ‘empleando en la ejecución medios modos, o formas...’ constituye la alevosía como una conducta distinta de la contemplada en el delito sobre el que actúa». En Italia, la circunstancia más cercana a la nuestra de alevosía antes citada, la defensa disminuida [*minorata difesa*] del artículo 61.5 del Código penal italiano consistente en «el haber aprovechado las circunstancias de tiempo, lugar o persona tales de obstaculizar la defensa pública o privada [*l’averne profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona tali da ostacolare la pubblica o privata difesa*]» también es considerada como una modalidad de la acción. Así por ejemplo ALLEGRA, Giuliano, «Sulle “Circostanze di persona” del n. 5 dell’art. 61 C.P.», en *Rivista italiana di Diritto penale*, 1949, pág. 189: «Pero toda duda debería declararse despejada por el modo con el que viene formulada la disposición, en la cual no se prevé un modo de ser de la persona que actúa, sino un modo de actuar de la misma, como se hace claro por la terminología adoptada (‘aprovechar’) [*Ma ogni dubbio dovrebbe dirsi fugato dal modo con cui viene formulata la disposizione, nella quale non si prevede un modo di essere della persona agente, ma un modo di agire della stessa, come si fa chiaro dalla terminologia adottata (‘profittare’)*]» o PAGLIARO, Antonio, *Principi di Diritto Penale, Parte Generale*, ob. cit., pág. 472: «La circunstancia [de la defensa disminuida] es objetiva, en cuanto que concierne a las modalidades de la acción [*La circostanza è oggettiva, in quanto concerne le modalità dell’azione*]». E igualmente la doctrina alemana entiende la alevosía [*Heimtücke*] como modalidad comisiva: *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch* §§ 185-262, ob. cit., SCHNEIDER § 211 nm. 122, pág. 411: «La alevosía describe una modalidad de ejecución especialmente peligrosa [*Die Heimtücke umschreibt eine besonders gefährliche Tatausführungsmodalität*]»; *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, ob. cit., NEUMANN § 211 nm. 46, pág. 1601: clasifica la alevosía en el segundo grupo, que responde a la idea del modo de ejecución del hecho, de circunstancias del asesinato: «*Art der Tatausführung (2. Fallgruppe). a) Heimtücke* [...]». Schönke / Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar*, ob. cit., ESER/STERNBERG-LIEBEN § 211 nm. 21, pág. 2039: «2º Grupo: Modos de ejecución. Según las modalidades de comisión contenidas en el segundo grupo [...] el autor se convierte en asesino, cuando ejecuta la muerte *alevosamente*, con *ensañamiento* o con *medios comúnmente peligrosos* [2. Gruppe: Ausführungsarten. Nach den in Gruppe 2 erfassten Begehungsmodalitäten [...] wird der Täter zum Mörder, wenn er die Tötung heimtückisch, grausam oder

auténtico sentido del artículo 22.1 estriba, entonces, no en agravar la pena en función de *qué* hace el autor, pues aquello que hace (matar, lesionar, etc.) se encuentra ya regulado con su correspondiente pena en cada uno de los correspondientes delitos contra las personas y desde luego no necesita volver a ser regulado y menos penado agravadamente en el artículo 22.1, sino en función a *cómo* lo hace.

Ahora bien, cuando se comete un delito se debe hacer siempre de una u otra forma, y lo interesante aquí radica en saber por qué motivo la forma de ejecución alevosa ha de conllevar una agravación del delito. Esta cuestión ha quedado aclarada al estudiar en el primer capítulo el fundamento de la agravante; la razón de la agravación de la modalidad alevosa está en que al ser adoptada por el autor impide a la víctima que se defienda legítimamente. Esto hace que la persona titular de su propio bien jurídico —se trata siempre de delitos contra las personas—, es decir, el más perjudicado e inmediatamente interesado en su salvaguardia, no lo pueda defender, lo que a su vez provoca que la comisión del delito se vea directamente o especialmente asegurada.

Sin embargo, aunque lo determinante para agravar el delito y la pena es la *forma* de comisión, esto no significa que la *materia* del delito carezca de toda importancia y no esté presente en la definición. Ocurre más bien al contrario, pues una *forma* de comisión, para estar definida, necesita ser remitida a aquello que *materialmente* se comete; resulta imposible definir el modo en que se comete algo, sin nombrar ya ese algo que se comete. Así, la alevosía es una modalidad, pero una modalidad de cometer algo determinado, esto es, un delito contra las personas. De acuerdo a este esquema en el artículo 22.1 se describe una manera especial o directa (el *cómo* del delito: *forma*) de cometer delitos contra las personas (el *qué* del delito: *materia*). Pues bien, conforme a este esquema *formal-material* se dejan clasificar los tres elementos característicos que cabe entresacar de la definición de la alevosía: i) el empleo de medios, modos o formas, ii) la eliminación de la defensa del ofendido y iii) el aseguramiento del delito. Los dos primeros elementos del i) empleo de medios, modos y formas y ii) la eliminación de la defensa constituyen el *cómo* del delito (su forma), mientras el *qué* del delito (su materia) viene dado por el tercer elemento del iii) aseguramiento de teóricamente cualquier delito contra las personas. O más simplemente, cuando nos preguntamos en cualquier supuesto

mit gemeingefährlichen Mitteln ausführt]».

de alevosía ¿*qué* delito comete o asegura el autor?, la respuesta será alguno de los delitos contra la vida (iii), mientras que si la pregunta es ¿*cómo* lo comete o asegura? habrá que contestar empleando medios, modos o formas (i) que eliminen la defensa de la víctima (ii).

2.2 Aspectos formales y materiales de la alevosía

Antes de comenzar propiamente con el análisis es necesario llamar la atención sobre cuatro dificultades con relación al enfoque formal-material escogido. La primera consiste en haber asimilado, cuando me he referido al elemento material, las nociones de “aseguramiento” y “comisión” (o ejecución). Esta falta de diferenciación sería incorrecta si fuera cierto, como ha afirmado SEGRELLES DE ARENAZA, que el artículo 22.1 «permite distinguir, al menos desde un punto de vista abstracto y conceptual, la ejecución del aseguramiento»²⁷¹. Así en el supuesto alevoso clásico de la muerte por la espalda debería distinguirse entre “el matar” que pertenece a la ejecución y “el hacerlo por la espalda” que es propio del aseguramiento. Pero no sólo se podrían distinguir mediante un ejercicio “abstracto y conceptual” estos dos aspectos que se dan unidos en el hecho alevoso, sino que además en ocasiones la misma realidad muestra que: «Ejecución y aseguramiento no tienen que ir necesariamente unidos. Se puede asegurar sin ejecutar simultáneamente y, por supuesto, también cabe ejecutar un hecho delictivo sin aseguramiento. Ejemplo de lo primero sería drogar a una persona, administrándole un anestésico o somnífero, dejándola inconsciente, causándole entonces la muerte a cuchillo; y ejemplo de lo segundo podría ser, simplemente, asestar una puñalada de frente y previo aviso»²⁷².

Aunque la distinción expuesta no deja de tener cierta fuerza de convicción, en realidad no puede sustentarse, porque en su contra existen buenas razones. En primer lugar, se olvida que cualquier acto que asegure, porque lo que se asegura es la ejecución, es ya un acto ejecutivo²⁷³. Quien, como en el ejemplo, administra un

²⁷¹ SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 861.

²⁷² SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 861.

²⁷³ Pese a su punto de partida SEGRELLES DE ARENAZA llega, de manera paradójica, a la misma conclusión, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 864: «estimo que los términos ‘hecho’ y ‘ejecución’ que aparecen en el artículo 22.1 C.p. deben interpretarse en sentido amplio, es decir, como conducta que, a su vez, estará integrada por varios actos, entre los cuales podrá encontrarse, como uno más, el empleo de determinados medios o modos tendentes al aseguramiento, inmediatamente anteriores e íntimamente conectados al núcleo estricto de la acción típica del delito correspondiente [...] Partiendo de esta

narcótico para asegurar la muerte, está ejecutando desde ese momento el delito²⁷⁴. Evidentemente la administración se puede dar separada de la ejecución, por ejemplo administrar el narcótico no para matar sino para tratar los dolores provocados por una enfermedad, pero en ese caso no se estaría asegurando la muerte. En segundo lugar, porque no sólo cualquier acto asegurativo es ejecutivo, sino porque además inversamente cualquier acto de ejecución consiste en ir haciéndola más segura. A este respecto nos sirve el ejemplo de la muerte por la espalda con un cuchillo, porque ¿qué la hace más segura? ¿colocarse a la espalda o lanzar la cuchillada? En cuanto al último ejemplo del autor que asesta una puñalada de frente y previo aviso, es cierto que “ir de frente” y “dar previo aviso” no aseguran la ejecución, pero la razón está en que ninguno de los dos comportamientos son actos ejecutivos de matar sino más bien lo contrario, mientras que la cuchillada que sí lo es evidentemente hace más segura la muerte. Esto justifica que cuando el artículo 22.1 caracteriza los medios alevosos como los que tienden a asegurar la ejecución, podamos considerarlos indistintamente como de aseguramiento o de ejecución. En realidad la palabra “asegurar” dentro de la definición del 22.1 tiene un significado vacío, meramente potenciador del hecho de la ejecución; igual que hablamos de un buen cuchillo, no para decir que sea algo más que un cuchillo sino para insistir en que verdaderamente es cuchillo (porque cumple de manera óptima con su función de cortar), el artículo 22.1 habla de asegurar la ejecución, no para aludir a algo diferente de la ejecución, sino para recalcar la seguridad del hecho de la ejecución. Que los medios tiendan a asegurar la ejecución, no es otra cosa que tiendan a (asegurar) la ejecución, porque no existen medios de ejecución que no la aseguren, justamente por ser medios; si, por ejemplo, el cuchillo es un medio para ejecutar un hecho de cortar el pan es porque me asegura que cuando lo utilizo voy a poder cortarlo, mientras que en la medida en que deje de asegurarme cortar pan dejará de ser un medio (así sería peor medio un regla, y todavía peor o ni siquiera un medio un sacacorchos).

conclusión podemos afirmar que los medios de aseguramiento (alevosía) son medios de ejecución». En cualquier caso que los medios de aseguramiento de la alevosía son ejecutivos viene ya impuesto por el propio texto legal del 22.1 al referirse a que los medios, modos o formas de aseguramiento se deben emplear “en la ejecución”.

²⁷⁴ En cambio si admitimos un concepto estricto de ejecución que no incluya los llamados actos de aseguramiento se genera el problema, señalado por SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 863, de que «el empleo de medios de aseguramiento como el suministro de drogas, o incluso determinados supuestos de emboscada, quedarían fuera del ‘hecho’ y, en consecuencia, no podrían considerarse constitutivos de alevosía. Se convertirían en actos preparatorios del correspondiente delito contra las personas o, en su caso, darían lugar a un concurso entre el señalado delito y el medio empleado».

En definitiva, todos los actos ejecutivos aseguran, la única diferencia está en que los actos ejecutivos alevosos lo hacen de una manera particular; eliminando toda posibilidad de defensa para la víctima.

La segunda dificultad proviene de la ambigüedad inherente a términos como “ejecución”, “aseguramiento”, “comisión”, “realización” formados mediante la nominalización de verbos (“ejecutar”, “asegurar”, “cometer”, “realizar”). Tales términos pueden significar tanto la *acción* como el *efecto* del verbo del que se originan²⁷⁵. Así, por poner un ejemplo fuera del campo penal, el término nominalizado “edificación” en ocasiones significa la *acción* de edificar (la edificación duró un año) pero en otras el *efecto* de edificar (la edificación está situada en el centro de la ciudad). Lo mismo ocurre con los términos penales antes mencionados. Así “ejecución”, “aseguramiento”, “comisión” o “realización” pueden entenderse no sólo como las acciones respectivas de ejecutar, asegurar, cometer o realizar el delito, sino también como el efecto de tales acciones, es decir, la producción del resultado. Un ejemplo de ello, el que aquí interesa, es el artículo 22.1. En él aparece dos veces —una de forma expresa y otra mediante el pronombre “la”— la palabra “ejecución”: «[...] empleando en la *ejecución* medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurar^{la} [la ejecución]». Pues bien, “ejecución” tiene en ambas apariciones un significado diverso. En la primera significa la *acción* de ejecutar, pues evidentemente los medios, modos o formas se emplean mientras se está *ejecutando* o durante la *acción* de ejecutar el delito («en la *ejecución*»). En la segunda aparición, en cambio, significa el *efecto* de ejecutar, pues a lo que tienden o se dirigen los medios (su objetivo) no es a la *acción* de la ejecución que está teniendo lugar cuando se emplean los medios, sino al *efecto* de la ejecución, es decir, a la producción del resultado («medios [...] que tiendan [...] a asegurar^{la}»). Esta diferenciación de significados de “ejecución” tiene importancia para nuestro estudio de los elementos formales y materiales de la alevosía. Así cuando al analizar la forma de la alevosía nos refiramos al empleo en la *ejecución* de medios, modos o formas que eliminan la defensa, “ejecución” debe entenderse como *acción* de ejecutar. En cambio al estudiar la materia de la alevosía, el delito contra las personas que se ejecuta o asegura, “ejecución” (o “aseguramiento”, “comisión” o “realización”) significará el efecto de la ejecución de tal delito, es decir, la producción del resultado. En cualquier caso, cuando

²⁷⁵ Esto también puede ocurrir cuando las formas originales en infinitivo se utilizan como nombres.

existan dudas se adoptará el criterio de poner entre paréntesis “producción de resultado” para indicar que me refiero no a la *acción*, sino al *efecto* de ejecutar.

La tercera dificultad consiste en que la opción de dar prioridad al enfoque *formal-material* frente al *objetivo-subjetivo* puede hacer creer que la distinción entre aspectos objetivos y subjetivos carecerá de importancia en nuestro estudio de la circunstancia. Respecto a esta posible suposición, es preciso advertir que esta elección no significa cerrar nuestra interpretación a un estudio de lo objetivo y lo subjetivo. Más bien resulta al contrario, pues creo que el auténtico papel jugado por lo objetivo y lo subjetivo dentro de la circunstancia consigue revelarse de mejor manera desde una oposición formal/material. En primer lugar, porque la distinción entre forma y materia de la comisión alevosa es lo que explicará por qué cuando se analice la circunstancia en ocasiones predominará la vertiente objetiva, mientras en otras lo hará la subjetiva. De esta manera, veremos que cuando se estudie *cómo* se comete el delito alevoso (*forma*) lo fundamental será establecerlo como un hecho objetivo, aunque sin excluir además la necesidad de que el autor se represente su modo de actuar: la eliminación de la defensa como modo (o medio o forma) de cometer el delito tiene que verificarse *efectivamente* y además ser conocida (y querida). En cambio al estudiar *qué* delito se comete (*materia*) lo principal serán las representaciones del sujeto acerca de la comisión, y no que la comisión de un delito contra las personas (producción del resultado) sea un hecho objetivo, aunque tampoco aquí se renuncie a cierta objetividad en tanto que idoneidad para la comisión: no es necesario que se dé con seguridad o se cometa *efectivamente* el delito contra las personas sino que, siendo idóneo, el autor se lo represente (y quiera). En segundo lugar, la diferenciación entre aspectos formales y materiales resulta la mejor opción para poner de relieve que la alevosía, como reconoce actualmente la jurisprudencia²⁷⁶, presenta un dolo *duplicado*. El dolo, así, en la alevosía no sólo debe extenderse a *qué* delito se comete (*materia*) sino además a *cómo* se comete el delito (*forma*). De este modo el autor no sólo debe saber (y querer) que comete un delito contra las personas, sino que lo comete de forma que elimina la posibilidad de defensa de la víctima. El dolo duplicado tiene interés en la alevosía respecto de la participación; el partícipe puede conocer que se va a matar, pero ignorar cómo se va a hacer

²⁷⁶ Véase la jurisprudencia recogida en el apartado dedicado al dolo duplicado, en concreto nota al pie 382.

(alevosamente). E igualmente en relación con la admisión de una comisión doloso-eventual en la alevosía; el autor puede abarcar con dolo directo la forma como comete el delito (eliminando la defensa), y sin embargo presentar sólo dolo eventual respecto al delito contra las personas que comete (no tener *intención* de producir el resultado de muerte o lesiones, pero *conocer el riesgo concreto* de producirlo). En definitiva, la distinción materia-forma mostrará que en la alevosía el dolo tiene un objeto doble, que en un caso requiere un contraste objetivo —la indefensión como forma de cometer el delito debe ser un hecho objetivo— y en otro caso no —la efectiva comisión material del delito contra las personas (producción de un resultado de muerte o lesiones) no debe darse objetivamente aunque se requiera cierta idoneidad para ello y el conocimiento de tal idoneidad por el autor—.

En cuarto lugar, quisiera llamar brevemente la atención sobre las dificultades de tratar por separado cada uno de los elementos de la definición de alevosía. En el artículo 22.1 se describe la figura de la alevosía como un todo continuo, en donde cada una de las partes en que pudiera dividirse el texto está necesariamente conectada con las demás, de manera que unas partes anticipan el sentido de lo posterior y otras terminan de dar sentido a lo anterior. Debido a la estructura interconectada del artículo, resulta de manera frecuente enormemente difícil analizar por separado cada uno de los elementos sin a la vez estar haciendo referencia al resto. Nuestra intención, con vistas a la claridad, será distinguir en la mayor medida posible cada uno de los elementos de resto, pero esta intención no puede ponerse por encima del texto legal, según el cual en ocasiones es necesario para completar el sentido de una parte del texto remitirse a otras.

2.2 a) La forma de la alevosía

En este apartado nos dedicaremos a estudiar la *forma* de la comisión alevosa, es decir, a responder a la pregunta ¿cómo se comete un delito con alevosía? A partir de la definición del artículo 22.1 puede ofrecerse la siguiente respuesta: i) empleando medios, modos o formas ii) que eliminen la defensa del ofendido. El tercer elemento, presente también en el 22.1, referente al iii) aseguramiento de la ejecución, en cambio, no responde a esta cuestión sino a la pregunta ¿qué delito se comete con alevosía?, pues, en

efecto, lo que se comete o asegura en los hechos alevosos es en principio cualquiera de los delitos contra las personas.

i) El empleo de «medios, modos o formas»

En la redacción del artículo 22.1 se hace referencia a quien comete un delito contra las personas «empleando en la ejecución medios, modos o formas». La primera cuestión que surge consiste en establecer a qué quiere referirse exactamente el Código penal al hablar de «medios, modos o formas». En principio, parece evidente que el legislador al utilizar estos términos pretende aludir a la manera o modalidad en que se ejecuta la acción delictiva. Esta evidencia queda confirmada desde una interpretación literal cuando se acude al significado recogido en el diccionario de la RAE para cada uno de estos términos. Así, en las acepciones que interesan al caso el término “medio” se define como «cosa que puede servir a un determinado fin»²⁷⁷, “modo” como «procedimiento o conjunto de procedimientos para realizar una acción»²⁷⁸ y “forma” como «modo de proceder en algo»²⁷⁹. En las tres definiciones se está obviamente tratando de la manera en que se consigue alcanzar un fin, que no es otro que la realización de una acción. Por tanto, se está siempre señalando con las tres palabras a cómo —a través de qué modos, medios o formas— se realizan acciones²⁸⁰.

Si estamos de acuerdo, hasta ahora, en que con «medios, modos o formas» el Código penal se refiere a la modalidad o manera de realizar la acción delictiva, entonces queda todavía pendiente la pregunta de a qué tipo en concreto de manera de ejecución quiere referirse. La comisión alevosa constituye frente a otras posibles una modalidad específica de acción delictiva, pues lógicamente también son posibles otras modalidades de comisión no alevosas; se puede cometer un delito contra las personas con o sin alevosía. Conocer el tipo concreto de modalidad al que señalan los «medios, modos o

²⁷⁷ Definición de “medio” en la RAE, undécima acepción.

²⁷⁸ Definición de “modo” en la RAE, segunda acepción.

²⁷⁹ Definición de “forma” en la RAE, segunda acepción.

²⁸⁰ Sin embargo, en cierto modo sorprende que el legislador haya utilizado tres términos diferentes, cuando su intención era, en todo caso, referirse al fenómeno único de la modalidad o manera en que se realizan acciones. La respuesta quizá deba encontrarse en su deseo de abarcar la modalidad de la acción de la forma más completa posible, agotando todo el espectro de sus posibles sentidos a través de los principales términos con los que la manera de ejecutar acciones puede ser significada. En este sentido JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, «El elemento psicológico en la alevosía», ob. cit., pág. 459: «La generalidad con que se halla expresada y, por tanto, concebida la realización delictiva, al decir medios, modos o formas, tiende a eliminar toda posibilidad de exclusión de alguno de ellos [...]».

formas» obliga a acudir a aquella otra parte del texto del artículo 22.1, donde en particular se dice «sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa del ofendido». Conforme al texto legal, debe calificarse entonces como alevosa no cualquier modalidad ejecutiva, sino aquella específica en la que el autor evita riesgos eliminando la defensa de la víctima. En consecuencia, con los términos «medios, modos o formas» recogidos en el artículo 22.1 el Código se refiere a toda modalidad o manera de ejecutar el hecho que empleada por el autor elimina la defensa de la víctima.

Establecido que el comportamiento alevoso consiste en una manera específica, en el sentido visto, de realizar acciones delictivas, cabe formular la cuestión —puesto que en Derecho penal se admite tanto la modalidad de actuación comisiva como omisiva— de si la modalidad alevosa se identifica con un actuar positivo o también puede ser realizada mediante un no actuar. Casi unánimemente los autores parecen estar de acuerdo en que la modalidad alevosa exige una actuación positiva²⁸¹. En concreto

²⁸¹ MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 76: «Que ‘medios, modos o formas en la ejecución’ están aludiendo a actuaciones positivas y materiales, de lo que se deduce que han de excluirse las actuaciones omisivas consistentes en un ‘no hacer’ y los medios ‘morales’ que ni implican agresión material, ni admiten defensa posible». SEGREÑES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 860: «En definitiva, se puede afirmar que en la alevosía sólo cabe la comisión, debiendo rechazar la omisión en cualquiera de sus modalidades». COBO DEL ROSAL, Manuel / CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «El delito de asesinato. Consideraciones sobre el delito de asesinato», en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Edit.: Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico da Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989, pág. 196: «Tampoco la alevosía admite la comisión por omisión, pues supone un ataque material, un acontecimiento o una agresión en sentido físico». CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 73: «La alevosía parece resultar incompatible con la comisión por omisión, pues esta circunstancia consiste en emplear medio, modos o formas en la ejecución del delito, que tiendan a asegurarla, eliminando la defensa que pudiera ofrecer el ofendido. Se precisa, por tanto, una especial forma de ataque, lo que circunscribe su ámbito a la modalidad activa. En suma, la alevosía supone un ataque material, un acometimiento o una agresión en sentido físico». GRACIA MARTÍN, Luis, en José Luis Díez Ripollés y Luis Gracia Martín (autores), *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Edit.: Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 133: «El asesinato con alevosía es inconcebible por omisión ya en el plano objetivo. a) Como vimos, la alevosía consiste en la utilización *por el autor* de medios de ejecución que tiendan a asegurarla y a evitar los riesgos que pudieran provenir para su persona de una posible *defensa* del ofendido. Del tenor de la circunstancia se desprende claramente que únicamente puede concebirse la utilización de medios que aseguren *la ejecución* mediante la realización de una conducta activa». En contra, en cambio, ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, ob. cit., pág. 68: «Lo discutible es que la alevosía deba ser asociada necesariamente a la idea de agresión, sino antes bien a la de aseguramiento, y éste puede ser obtenido tanto por medios activos como omisivos. Piénsese, p. ej., en quien aprovecha para su objetivo la existencia de medios que impiden la reacción defensiva de la víctima, como un obstáculo, que el autor tenía la obligación de remover (una puerta secundaria cerrada o bloqueada, siendo el autor el obligado en su empresa a mantenerla siempre expedita)». ARIAS EIBE, Manuel José, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», ob. cit., pág. 5: «La alevosía solo admite su realización en régimen de comisión o actuación activa o positiva, debiendo rechazarse la posibilidad de que pueda determinar la conformación de la alevosía la omisión pura o incluso la comisión por omisión».

ALTÉS MARTÍ llega a esta conclusión partiendo de una interpretación literal de la forma verbal “empleando” presente en el texto legal: «[...] el Código dice: ‘*empleando* medios, modos o formas’ con lo que la utilización del verbo emplear, descarta toda posibilidad de comisión por omisión, pues este término lleva siempre un hacer positivo y presupone una acción dinámica por parte del sujeto [...]»²⁸².

Sin embargo, es dudoso que la literalidad de la expresión «empleando medios, modos o formas» obligue a extraer necesariamente la consecuencia de que la comisión alevosa sólo es susceptible de llevarse a cabo mediante un actuar positivo. Al menos no se está forzando de ninguna manera el uso habitual del lenguaje al decir, por ejemplo, del progenitor que mata a su hijo recién nacido de inanición que ha empleado en su actuación un medio consistente en no alimentarle, lo cual evidentemente es un no hacer. Si la modalidad alevosa consiste en un actuar positivo, con lo que estoy como se verá *en términos generales* de acuerdo, no es a causa de una interpretación literal de la forma verbal “empleando”, sino que se debe a cómo caracteriza el artículo 22.1 la modalidad alevosa. En la medida en que “medios, modos o formas” significan dentro del contexto del artículo aquella específica modalidad de ejecución delictiva consistente en la eliminación de la defensa de la víctima, resulta entonces altamente improbable que el autor consiga eliminar la defensa si no es actuando positivamente²⁸³. Si omite, en cambio, difícilmente logrará la anulación de la capacidad de defensa de la víctima, que es característica de la modalidad alevosa. Ciertamente hay quien ha imaginado un caso donde esto pudiera ocurrir, como PEÑARANDA RAMOS: «así, por ejemplo, si el sujeto induce a la víctima a realizar una actividad sumamente arriesgada con la promesa de

²⁸² ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 123. De la misma opinión aunque sólo respecto a la omisión propia SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 858: «Para llegar a la conclusión de que la alevosía activa o comisiva está recogida en nuestro Derecho basta con fijarnos en el verbo ‘emplear’ que recoge el artículo 22.1 C.p., que por sí mismo conlleva un hacer, y ponerlo en relación con el resto del precepto: La construcción ‘Hay alevosía cuando el culpable... empleando en la ejecución medios, modos o formas...’ es sin duda activa, rechazando completamente la omisión propia». Igualmente SOTO NIETO, Francisco, «La alevosía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», ob. cit., pág. 1778: «La alevosía se vislumbra como una conducta, como una manifestación específica del proceder del sujeto. Comportamiento activo, de indudable sesgo comisivo, cual resulta de la regla transcrita que cifra la esencia de la alevosía en el *empleo* de instrumentos de índole material o de ardidess realizativos [...]».

²⁸³ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial), Volumen I*, ob. cit., pág. 200: «En la medida en que se entienda que para la estimación de la alevosía no basta la existencia objetiva de situaciones que favorezcan ya externamente el aseguramiento de la ejecución y la ausencia de riesgo, sino que ambos aspectos deben estar vinculados al empleo selectivo de ciertos medios, modos o formas de ejecución, queda muy limitada la posibilidad de un asesinato alevoso realizado en comisión por omisión».

prestarle la ayuda necesaria para superar el riesgo y, llegado ese momento, omite, de acuerdo al plan previamente trazado, el auxilio prometido, produciéndose por ello la muerte»²⁸⁴. Sin embargo, en este ejemplo es cuestionable que la incapacidad de ejercer una defensa por la víctima se deba en realidad a la omisión de auxilio, y no en cambio a la actuación positiva por la que el autor indujo a la víctima a realizar el comportamiento arriesgado²⁸⁵; aunque la muerte se ha producido por la omisión, el medio o la forma empleado por el autor para eliminar la defensa ha consistido en un comportamiento activo: la inducción. Pese a la dificultad, quizá fuera posible pensar en la existencia de un supuesto en el que autor anule la defensa de la víctima sin incorporar ningún elemento activo a su comportamiento. Se me ocurre, así, el ejemplo del encargado del mantenimiento de un ascensor que, conociendo su avería, omite la reparación con el propósito de causar la muerte de su jefe de quien sabe que tomará el ascensor a una determinada hora. En este caso creo que es factible afirmar que el comportamiento negativo de la *no* reparación constituye una forma de evitar el ejercicio de la víctima, una vez subida al ascensor averiado, de cualquier forma de defensa frente al autor. Sin embargo, ante esta posibilidad de admitir alevosía GRACÍA MARTÍN ha opuesto que en este tipo de casos: «[...] faltará, sin duda, el requisito de que los medios puestos en práctica por el autor, es decir; controlados y dominados por él tiendan a evitar una posible *defensa* de la víctima. La defensa del ofendido de la que habla el concepto legal de alevosía es la que podría ejercitar el ofendido contra *la persona misma* del autor, en la medida en que de dicha reacción defensiva puedan derivarse riesgos *para su persona*. Sin embargo, una reacción defensiva contra una persona, en este caso el garante, precisa de la existencia de una agresión y es evidente que la omisión no es agresión. La víctima, en la situación típica de la omisión de su garante, sólo podría reaccionar defensivamente mediante acciones dirigidas a los factores causales peligrosos que amenazan con realizarse en el resultado, pero no contra la persona del garante omitente [...]»²⁸⁶.

²⁸⁴ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial), Volumen I*, ob. cit., pág. 200.

²⁸⁵ El mismo PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial), Volumen I*, ob. cit., pág. 200, reconoce que «los casos en que parece más factible admitir un asesinato alevoso en comisión por omisión son aquellos en los que en realidad se combinan formas activas y omisivas de conducta».

²⁸⁶ GRACIA MARTÍN, Luis, en *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, ob. cit., pág. 133.

El núcleo de la objeción de GRACIA MARTÍN consiste en que la defensa que el autor tiene que impedir en los casos de alevosía es aquella dirigida contra él mismo, de la que proceden riesgos para él, mientras que, en los supuestos de comisión por omisión, lo que se evita es la defensa de la víctima frente a cursos causales peligrosos (por ejemplo el peligro procedente de un mal funcionamiento del ascensor). Sin embargo, esto no es del todo correcto. Porque quien, como en el ejemplo, no repara el ascensor o advierte de su mal funcionamiento no sólo impide que la víctima pueda ejercer alguna defensa ante el peligro representado por la avería, sino que está además evitando la defensa que la víctima podría oponer frente a él si adoptara otra forma de ejecución —por ejemplo atacándola cara a cara—. Si se siguiera el razonamiento de GRACIA MARTÍN en los casos comisivos en los que el autor pone una bomba tampoco podría admitirse la alevosía, porque aquí también la víctima «sólo podría reaccionar defensivamente mediante acciones dirigidas a los factores causales peligrosos que amenazan con realizarse en el resultado [la bomba], pero no contra la persona del» autor que está quizá a varios kilómetros de distancia del atentado. Pero lo determinante en la alevosía no radica, como cree GRACIA MARTÍN, en que la víctima pudiera ejercitar una defensa frente a una agresión directa del autor, sino precisamente en que no pueda ejercerla porque el autor se comporte de tal modo que se lo impida, lo cual éste hará normalmente de forma activa (por ejemplo poniendo una bomba), pero sin que pueda descartarse que excepcionalmente emplee una forma pasiva (por ejemplo no reparando el ascensor).

Para terminar, debe señalarse que el Tribunal Supremo ha admitido en alguna de sus sentencias la compatibilidad de la alevosía con la comisión por omisión. Un buen ejemplo es la siguiente STS 2922/2013 de 28 de mayo: «Como dijimos, tanto realiza la conducta típica, en este caso la muerte de hijo de dos meses y lesiones a otro de la misma edad, quien ejecuta activamente una acción dirigida a la producción del resultado como quien estando obligado a defender un bien jurídico, vida y salud de los hijos, frente a agresiones que le ponen seriamente en peligro, se desentienden de su protección y deja actuar al agresor, con omisión de la actuación debida, teniendo pleno conocimiento de las violencias ejercidas sobre los bebés que generaba el deber de actuar y sin que existiera razón o motivo alguno que limitara su capacidad para realizar lo que les era exigido. Y eso es lo que ha sucedido respecto a la ahora recurrente. Es reiterada

la jurisprudencia que aprecia la alevosía cuando la acción, en este caso comisión por omisión, tiene como víctimas menores de corta edad, como bien se razona por el Tribunal de instancia que aprecia correctamente el delito de asesinato sin que tampoco se haya producido infracción legal al apreciar los delitos de lesiones y de violencia física habitual en el ámbito familiar, ya que en los hechos que se declaran probados se describen conductas que se subsumen, sin duda, en esas figuras delictivas»²⁸⁷.

En este caso narrado en la sentencia se debe admitir, sin duda, la comisión por omisión, en la medida que la omisión de la actuación debida equivale en virtud de la posición de garante (de la progenitora) a la ejecución activa²⁸⁸. El problema estriba en si, además de la comisión por omisión, en estos casos es posible apreciar una conducta alevosa en el autor. La respuesta de la doctrina jurisprudencial es afirmativa en cuanto que se trata de casos donde la víctima es una persona desvalida (el hijo de dos meses), y el desvalimiento es considerado tradicionalmente por la jurisprudencia una de las modalidades de alevosía. Sin embargo, cabe cuestionar que la respuesta de la jurisprudencia sea compatible con la literalidad del artículo 22.1. La conducta alevosa exige el empleo de medios, modos o formas que eliminen una defensa de la víctima de la que pudieran proceder riesgos para el autor, y lo que ocurre es que al desvalido ni *activamente* ni *omitiendo* se le puede arrebatar una capacidad de defensa reactiva frente al autor de la que, por su propia condición de desvalido, no dispone. Si, como hace la

²⁸⁷ Interesante, y de tipo similar, resulta también el caso del Tribunal Supremo del que se ocupó en un artículo la profesora GÓMEZ PAVÓN, Pilar, «Dolo y formas imperfectas en los delitos de omisión. (A propósito de la reciente jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en esta materia)», en *Actualidad Penal*, 1994, donde un tetrapléjico muere abandonado por falta de alimentación y medicación en el domicilio conyugal una vez que su esposa ha impedido que cualquier persona accediera a la vivienda, al prescindir del servicio de dos fisioterapeutas y de una empleada del hogar, y retirar la llave del piso al portero del edificio.

²⁸⁸ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., págs. 326 y s.: «La posición de garante es precisa para que la no evitación de un resultado lesivo pueda equipararse a su propia causación positiva y castigarse con arreglo al precepto que sanciona su producción (p. ej., los artículos 138 y ss. CP, que castigan el ‘matar’, únicamente podrán aplicarse al sujeto que deja morir a otro si se encontraba respecto del mismo en posición de garante —así, la madre que deja de alimentar al niño recién nacido que se halla bajo su custodia—, pero no si el que omitió pasaba casualmente por el lugar del accidente). En otras palabras: no todo aquél que omite evitar la producción de un resultado lesivo puede ser castigado como si lo hubiera causado por vía positiva, sino *sólo determinadas personas* que se hallan respecto del bien jurídico afectado en una específica posición de garante». Nuestro Código penal en el artículo 11 identifica la equiparación entre omisión y acción (y por tanto la posición de garante) con dos situaciones: «Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».

posición doctrinal mayoritaria²⁸⁹, conforme a la literalidad del 22.1 no se acepta por regla general el desvalimiento como un supuesto de alevosía cuando el autor actúa positivamente, entonces el criterio tampoco debe variar cuando la omisión se equipara a la acción (comisión por omisión).

Después de admitida en la alevosía con *carácter general* la forma activa de comisión y *excepcionalmente* la pasiva —no en el caso de los desvalidos pero sí cuando la víctima dispone en principio de capacidad de defensa eliminada por el garante (por ejemplo, el supuesto del ascensor)—, se plantea la cuestión de si la comisión activa consistirá necesariamente en un hacer físico-material, o bajo ella pudiera también incluirse también un hacer psíquico-moral²⁹⁰. Como cualquier acción contiene tanto una vertiente externa física como una interna psíquica, el auténtico sentido de esta pregunta se hace patente cuando queda reformulada de la siguiente manera: ¿debe el autor alevoso con su actuación positiva impedir de manera física o material la defensa de la víctima, o bastaría que le impidiese defenderse a través de su influjo psíquico o moral sobre la víctima? En nuestra doctrina al menos CAMARGO HERNÁNDEZ parece inclinarse a favor de admitir una modalidad psíquico-moral de alevosía²⁹¹. Sin embargo,

²⁸⁹ Sobre la polémica entre jurisprudencia y doctrina acerca de si el desvalimiento constituye o no una modalidad alevosa véase, además de lo aquí recogido y lo que se dice más adelante en este capítulo, de manera más extensa el capítulo 4, donde se dedica una apartado a la modalidad por desvalimiento.

²⁹⁰ ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 120: «[...] el primer problema que se nos plantea, es el de si la alevosía sólo cabe en aquellos supuestos en que el sujeto activo la lleva a cabo por un ‘hacer’, o también cuando consista en un ‘no hacer’, y en el primer supuesto si caben tanto los medios ‘materiales’ como los ‘morales’».

²⁹¹ Para lo que se sirve del apoyo de la jurisprudencia de su época. CAMARGO HERNÁNDEZ, César, *La alevosía*, ob. cit., pág. 54: «La Jurisprudencia española no solamente ha considerado como de indefensión aquellos casos en los que la víctima se encuentra físicamente imposibilitada para proceder a su defensa, sino también aquellos otros en los que pudiendo físicamente proceder a ella, por alguna causa de naturaleza psíquica no puede hacer uso de sus energías al efecto. Así nuestro Tribunal Supremo ha apreciado la concurrencia de esta circunstancia cuando la víctima se encontraba dominada por el miedo (Sentencia de 10 de mayo de 1890), o dominada por el terror (Sentencias de 10 de marzo de 1947 y 28 de octubre de 1948), o cuando el culpable se aprovecha de la natural impresión de la víctima al verse acometida (Sentencia de 18 de diciembre de 1947)». Sin embargo, otras sentencias de la misma época parecen negar la posibilidad de una alevosía moral; véase por ejemplo el caso de la sentencia citada por DEL ROSAL FERNÁNDEZ, Juan, «Alevosía, atenuante análoga y encubrimiento en el delito de robo con homicidio», ob. cit., pág. 74: «Respecto al único motivo del recurso del Ministerio Fiscal, que la circunstancia agravante de alevosía, número 1.º del artículo 10 del Código penal, rechazada por la sentencia recurrida en razón a que los hechos probados suscitan la duda en el ámbito del Tribunal Provincial para asegurar rotundamente que la víctima no pudo defenderse, no cabe sea estimada, a pesar de los importantes elementos de hechos aducidos para resolver aquella duda por el Ministerio recurrente en atención a que, en el caso de autos, la inacción de la víctima, que claramente se apercibió de que el procesado sacaba la rasqueta del bolsillo de la gabardina, no es aquella inacción de que la voluntad se halle ausente por completo y que se da en toda persona, por fuerte y valerosa que sea, respecto a una agresión que no llega a advertir, sino el sobrecogimiento que se apodera de quien observa, en el curso de una situación amistosa, que se transforma de repente en enemigo, porque contra ésta puede reaccionar

la práctica unanimidad de autores que se han ocupado del tema rechaza una comisión alevosa de carácter psíquico²⁹². El argumento empleado se relaciona con la naturaleza misma de la agresión del autor y de la defensa de la víctima presentes en los supuestos de alevosía. En este sentido, ALTÉS MARTÍ afirma: «La defensa viene a ser la reacción frente al ataque de otro, con la finalidad de impedirlo, reducirlo o compensarlo. De ahí, que difícilmente [sic], pueda admitirse como medio alevoso el ‘moral’, que no supone una agresión material, y contra la que no puede existir una defensa posible, desde el momento que no tiene contenido material y por tanto no perceptible. El sujeto pasivo nunca podrá, por imposibilidad de la propia naturaleza del medio empleado, oponerse como reacción. Con lo que en definitiva no se darían los requisitos que el Código exige, para aplicar la alevosía»²⁹³.

De esta manera el razonamiento de ALTÉS MARTÍ se desarrolla en dos pasos. En el primero, se argumenta que si la agresión del autor presentara una naturaleza moral o psíquica, nunca podría oponerse frente a ella una defensa por parte de la víctima, pues no hay oposición frente a lo no material e imperceptible. En el segundo paso, partiendo de que frente al ataque moral nunca cabe defensa, concluye que el autor en ningún caso pudo, como exige el artículo 22.1, eliminar una defensa de la que no dispuso la víctima, por lo que no podemos estar ante el supuesto de alevosía. Esta argumentación aunque elaborada no resulta convincente, porque se apoya en unos supuestos que no pueden considerarse correctos. Que la agresión del autor tenga un carácter psíquico en lugar de

pronto o tarde, a diferencia de aquella otra inacción en que reobrar es imposible en todo momento, y basta esa posibilidad de defenderse, no actuada o hasta distinta, para excluir el requisito de muerte a mansalva, por eliminación de riesgos para el matador, que, con el elemento de muerte segura, constituyen en la antigua Legislación española, y en el número primero del artículo 10 del vigente Código penal, los elementos integrantes de la circunstancia agravatoria de alevosía, sea genérica o cualificativa». En cambio, en la última jurisprudencia este problema, salvo alguna mención secundaria como luego veremos (véase nota 296), ha desaparecido del ámbito de debate, quizá por que el Tribunal Supremo da hoy por supuesto que la alevosía debe presentar en todo caso carácter físico o material.

²⁹² MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 76: «[...] han de excluirse las actuaciones omisivas consistentes en un ‘no hacer’ y los medios ‘morales’ que ni implican agresión material, ni admiten defensa posible». DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 804: «Asimismo sobre un aspecto que apenas ha planteado discusión alguna, es preciso señalar que los medios de asegurar la ejecución del delito han de interpretarse en sentido restrictivo, limitando los mismos a los de carácter físico y excluyendo los de contenido moral o psíquico, que, en su caso, podrían reconducirse a otras agravantes de carácter cuasi-alevoso como el abuso de superioridad o, dependiendo de los supuestos, al abuso de confianza». SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 873: «Los medios de aseguramiento que, como señala ALTÉS MARTÍ apoyándose en la jurisprudencia, han de interpretarse en sentido restrictivo, sólo pueden ser medios físicos, quedando excluidos los medios morales». Y como se verá a continuación ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., págs. 123 y s.

²⁹³ ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., págs. 123 y s.

material no significa, como se quiere, que no sea perceptible. No será perceptible como agresión física, pero por supuesto será una agresión perceptible a nivel intelectual. Quien, por ejemplo, dirige un insulto a otro evidentemente no le agrede de forma material, y sin embargo el insultado percibe de forma clara que ha sido objeto de un ataque. Pero no sólo es falso que las agresiones morales no resultan perceptibles, sino que también es falso que no haya oposición frente a ellas, lo cual obviamente es posible tanto psíquica como físicamente. Así, quien es insultado puede enfrentarse moralmente respondiendo al otro a su vez con un insulto o dirigiéndole una reconvención, e incluso físicamente con una bofetada.

En cualquier caso, creo que el rechazo, *en principio* acertado, de la posibilidad de una modalidad psíquico-moral de alevosía descansa en una razón bastante más sencilla. La agresión psíquica no debe considerarse normalmente alevosa simplemente porque con ella *generalmente* no se impide por completo²⁹⁴ a la víctima la posibilidad de ejercitar su legítima defensa, que es lo exigido por el artículo 22.1. Mientras el ataque del autor quede circunscrito al plano moral, la víctima *por regla general* conservará, pese a sus estados psíquicos de miedo, temor, etc., cierta capacidad de defenderse y no podrá hablarse de alevosía. Pero esta afirmación no impide a su vez aceptar que *excepcionalmente* en el caso de cierta clase de víctimas el influjo psicológico del autor puede ser eficaz para anular por completo toda capacidad de reacción. Se trata, precisamente, de aquellos sujetos que no pueden ser víctimas de una inducción al suicidio sino de un homicidio o asesinato en autoría mediata²⁹⁵, porque en ellos el influjo de autor actúa plenamente anulado toda capacidad de oposición. Por ejemplo,

²⁹⁴ En contra CAMARGO HERNÁNDEZ, César, *La alevosía*, ob. cit., pág. 54, que parece negar que haya de eliminarse por completo la capacidad de defensa cuando, hablando de los elementos objetivos de la alevosía, afirma: «El carácter accesorio de estos elementos se reconoce por la Jurisprudencia al considerar, en las Sentencias de 27 de octubre de 1934 y 22 de mayo de 1946, que la Ley no exige que los modos, medios o formas empleados por el agente hagan material e indefectiblemente imposible la defensa del agraviado sino que es suficiente con que a ello tiendan». El problema consiste en que CAMARGO parte de un entendimiento de la circunstancia desde una perspectiva subjetiva. En este sentido considera que la indefensión no debe ser un hecho objetivo, sino algo a lo que se tiende con el comportamiento aunque no se consiga.

²⁹⁵ Véase, en este sentido, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Inducción y auxilio al suicidio», en *Estudios de Derecho Penal*, Edit.: Civitas, 2ª edición, Madrid, 1981, pág. 213: «En una importante contribución aparecida en el Homenaje al profesor SERRANO Y SERRANO, TORÍO se ha ocupado con una cierta extensión de la distinción entre inducción al suicidio y homicidio o asesinato en autoría mediata. Así, por ejemplo, queda excluida la inducción al suicidio y se responde por un homicidio o un asesinato cuando el que acaba con su propia vida es un niño o un enajenado mental o cuando actúa bajo error o miedo insuperable».

casos en los que el autor provoca un miedo *insuperable* o un error *invencible* en la víctima con el que desconecta, no física pero sí psicológicamente dado el carácter insuperable o invencible del influjo del autor, sus capacidades de defensa. Al margen de estos casos, hay que admitir *de manera general* el carácter no alevoso de la agresión psíquica, pero no porque frente a ésta debido a su propia naturaleza nunca sea posible oponer una defensa, y porque era imposible la defensa no exista alevosía, sino por lo contrario; porque frente a una agresión psíquica por su misma naturaleza *por lo general* (: *siempre que no sea invencible o insuperable*) es posible ejercitar una defensa, y porque cabe la defensa no tiene lugar un comportamiento alevoso. La cuestión relevante no radica, en definitiva, en que el autor no eliminó la defensa porque frente a una agresión psíquica nunca existió posibilidad de defensa —lo que evidentemente no es cierto—, sino en que no eliminó la defensa porque frente a una agresión psíquica la víctima *generalmente* (: *siempre que no sea invencible o insuperable*) conserva la posibilidad de defenderse²⁹⁶.

Tras haber caracterizado, hasta ahora, los «medios, modos o formas» del 22.1 como una modalidad de cometer acciones delictivas, en la que se elimina la defensa, de carácter *generalmente* activa y físico-material, queda pendiente aún establecer el momento de su empleo. En este aspecto el artículo 22.1 resulta inequívoco cuando en su texto recoge la expresión «empleando *en la ejecución* modo, medios o formas», de modo que basta el recurso a una interpretación literal para establecer que los «modos, medios o formas» deben emplearse dentro de la fase de ejecución del delito. Esto

²⁹⁶ Sin embargo la STS 9143/2011 de 28 de diciembre parece otorgar cierto valor a los efectos psicológicos de la agresión de cara a la indefensión: «[...] es perfectamente concebible la hipótesis de una pelea en condiciones iniciales de cierto equilibrio, que depararían a cada contendiente posibilidades de defensa frente al otro, pero que resultase roto drásticamente al entrar uno de ellos en la disposición de un instrumento hábil para reforzar de manera importante su potencial ofensivo y sus posibilidades de lesionar. Y ello, tanto por la superioridad física deparada como por el inevitable efecto psicológico subsiguiente a la percepción de este nuevo dato por el contrario. Se trata de un tipo de eventualidad contemplada en ya reiterada jurisprudencia de esta sala, tomando en consideración, como una forma de emergencia de la alevosía, el aprovechamiento por el sujeto de la acción de un desvalimiento sobrevenido, en este caso, además, procurado por él (por todas, SSTs 2389/2001, de 14 de diciembre y 1290/2000, de 13 de julio). Así, en el caso a examen, pretender que en un conflicto como el suscitado entre el ahora recurrente y su pareja, la capacidad de esta de ejercer una oposición de cierta eficacia frente al acometimiento con las manos, dirigido a quitarle el teléfono móvil, podría cubrirla del mismo modo de la sorpresiva —‘de pronto’, rezan los hechos de la sentencia— utilización de una navaja de notables dimensiones, es algo que no se sostiene. Y que aparece claramente desmentido por el resultado de la prueba, en particular, por la dinámica de los golpes dados con el arma, que hace patente la inermidad de la víctima, bien porque hubiera sido reducida o incluso porque el temor generado por esta última le hubiera paralizado [cursiva y subrayado míos]».

significa, como está reconocido unánimemente por la doctrina, que el empleo de la modalidad alevosa ni tiene lugar en un momento *anterior* a la ejecución —actos preparatorios—, ni tampoco en uno *posterior* a la ejecución —con vistas a la impunidad—, sino *a lo largo del desarrollo* de la ejecución²⁹⁷. La cuestión del momento del empleo de los «medios, modos o formas» si bien ofrece pocas dudas, por otra parte sirve como confirmación de la manera como hemos entendido éstos hasta ahora. Porque los «medios, modos y formas» se han caracterizado como una determinada modalidad o manera de comisión delictiva, resulta lógico y coherente que pertenezcan a la fase de la comisión, sin que puedan tener lugar antes o después; porque son la forma de ejecutar el delito, es necesario que se presenten en la ejecución.

El problema es entonces cuándo comienza la ejecución, a partir de la cual y en la cual se deben emplear los medios alevosos. En este trabajo se adoptará una concepción de ejecución que entiende la acción típica en sentido *amplio* (teoría material), es decir, en el sentido de que la acción típica no quede restringida a su *estricta* realización que en muchos casos se identifica ya con la consumación (teoría formal)²⁹⁸. La razón de esta

²⁹⁷ CAMARGO HERNÁNDEZ, César, *La alevosía*, ob. cit., pág. 45: «[...] los medios, modos o formas, no han de ser empleados en los momentos anteriores ni posteriores, sino en la misma ejecución. Por lo tanto, no han de ser utilizados ni para preparar el hecho, ni para buscar su impunidad, sino para ejecutarlo». MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 76, citando prácticamente con sus mismas palabras a CAMARGO HERNÁNDEZ: «[...] esos medios no han de ser empleados en los momentos anteriores ni posteriores, sino en la ejecución misma, por lo que no han de ser utilizados ni para preparar el hecho ni para buscar su impunidad, sino para ejecutarlo». ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 126: «De ahí, que la alevosía pertenezca a la fase ejecutiva y no pueda darse en los momentos anteriores o posteriores del ‘iter criminis’». PUENTE SEGURA, Leopoldo, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Edit.: Colex, Madrid, 1997, pág. 449: «Esos medios, modos o formas deben ser empleados, precisamente, en la ejecución del delito, es decir, no antes, ni después». DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., «Artículo 22.1», ob. cit., págs. 802 y s.: «[...] a efectos de apreciación de la circunstancia de alevosía, y por su propia configuración legal, sólo son relevantes aquellos medios de aseguramiento que se desarrollen dentro de la ejecución del delito en que haya de apreciarse la circunstancia agravante. Lo importante en este sentido es que tales medios se refieren a la ejecución del delito y en ningún caso a su preparación o a su encubrimiento [...]».

²⁹⁸ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., págs. 354 y s., que afirma que en la teoría objetivo-formal «[l]a tentativa comenzaría con el juicio de la acción descrita en el tipo en sentido estricto», y que frente a esta teoría «se impone una concepción de la ejecución que parta de un entendimiento de la acción típica en sentido amplio, más amplio que el de su estricta realización, que con frecuencia ya supone la consumación». Esta concepción amplia la ofrece para MIR PUIG la teoría objetivo-material que «parte de la necesidad de acudir a un criterio material que permita delimitar objetivamente el inicio de aquel ‘campo previo’ a la consumación que permite hablar ya de comienzo de la acción típica en sentido amplio». MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., págs. 417 y s., parecen defender una teoría formal basada en el principio de legalidad, si bien reconocen que esta teoría ofrece problemas de imprecisión: «El concepto de ejecución, como el de consumación, es de naturaleza formal y va referido al tipo delictivo concreto de cuya ejecución se trata. De ahí se desprende que para la distinción entre acto ejecutivo (punible) y acto preparatorio (en principio, impune, salvo que se le haya elevado a la categoría de delito autónomo [...]),

elección se debe, al menos en el caso de la alevosía, a que si nos atenemos a la acción típica estricta y no tomamos en cuenta un campo previo más amplio en muchas ocasiones la propia acción perdería parte de su propio significado; el modo o forma como se realiza. Así si nos quedamos por ejemplo con el momento del acuchillamiento o del disparo pero no consideramos que anteriormente se administró un somnífero a la víctima o se la esperaba al acecho para asegurar la muerte, lo que se tendrá es una caracterización deficiente de la acción, porque lo cierto es que en estos casos no sólo se mató sino que se hizo de una forma determinada; eliminando la defensa. Para determinar el campo previo a la estricta realización típica en el que ya, sin embargo, comenzaría la ejecución, siguiendo la perspectiva subjetivo-objetiva adoptada por MIR PUIG, debe tenerse en cuenta el criterio *subjetivo* del plan del autor pero tomando además como criterio fundamental de *objetivación* la inmediatez temporal²⁹⁹. De esta manera que los medios alevosos tienen lugar en la ejecución significa que el empleo de tales medios pertenece al plan de autor pero atendiendo al dato objetivo de que dicho empleo es si no coetáneo, al menos inmediatamente anterior a la realización de la acción típica *estricta*. Y lo que garantiza que los medios alevosos son inmediatamente anteriores es que el efecto de su empleo —la indefensión de la víctima— está dirigido directamente (tiende directa o especialmente) a la realización de la acción típica estricta³⁰⁰. Por ejemplo, la administración del somnífero o la espera al acecho evidentemente son actos que preceden a la acción típica *estricta* de matar consistente en acuchillar o disparar, pero que se encuentran conectados inmediatamente y dirigidos

haya que recurrir, en principio, a una *teoría formal*. Es decir, por imperativo del principio de legalidad, sólo lo que, conforme a los criterios de interpretación normalmente aplicables a la ley penal (gramatical, histórico, sistemático y teleológico), pueda considerarse como ‘ejecución del delito’ y, por lo tanto, del tipo, debe entrar a formar parte del concepto de tentativa. Sin embargo, la indeterminación de muchos de los términos empleados en la descripción de la acción típica, de cuya ejecución se trata (‘matar’, ‘apoderarse de una cosa’, ‘acceso carnal’), dificulta enormemente la delimitación entre acto ejecutivo y acto preparatorio de delito».

²⁹⁹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., págs. 355 y s.: «En la determinación de cuándo empieza el ‘campo previo’ en el que ya da comienzo la ejecución debe tomarse en consideración el plan del autor, pero valorándolo desde un prisma objetivo (punto de vista objetivo-subjetivo). [...] Como criterios objetivos de valoración del plan del autor se manejan dos: la puesta en peligro inmediata y la inmediatez temporal. [...] Este segundo criterio ofrece la ventaja de su mayor precisión, pues siempre será discutible cuándo empieza a producirse una puesta en peligro inmediata. [...] El criterio de la puesta en peligro inmediata se utiliza como complementario para los casos dudosos [...]»

³⁰⁰ Lo cual es conforme con el artículo 16.1 del Código cuando se refiere al momento a partir del cual hay tentativa (y por tanto comienzo de la ejecución): «Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor».

directamente a ésta —y por tanto incluidos en la ejecución como la forma o modo en que se lleva a cabo la acción de matar en sentido *amplio*—.

En cualquier caso, la idea de que la circunstancia de alevosía debe concurrir dentro de la ejecución es también compartida por la doctrina extranjera. Así en Alemania se acude al principio de coincidencia por el que se considera que las circunstancias del asesinato del § 211 del Código penal alemán, entre ellas la alevosía, deben realizarse por el autor durante la ejecución del hecho de matar³⁰¹. De igual manera en la doctrina italiana se entiende que la circunstancia agravante genérica de la defensa disminuida [*minorata difesa*] del artículo 61.5 del Código penal italiano —«el haber aprovechado las circunstancias de tiempo, lugar o persona tales que obstaculicen la defensa pública o privada [*l'averne profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona tali da ostacolare la pubblica o privata difesa*]»— análoga a nuestra alevosía (y a la alevosía menor del artículo 22.2), debe ser concomitante a la ejecución debido al uso del término “defensa” en la ley italiana (y también presente en nuestros artículos 22.1 y 22.2): «si defensa no puede ejercerse después de que lo que se debe evitar se ha verificado, está claro que los obstáculos a la defensa no pueden ser posteriores al evento. Y, puesto que lo que se quiere evitar es el delito, las circunstancias que obstaculizan la defensa pública o privada no pueden ser posteriores al delito mismo»³⁰².

³⁰¹ Así RENGIER, Rudolf, «Zur aktuellen Heimtücke-Rechtsprechung 30 Jahre nach BVerfGE 45, 187», en Michael HETTINGER / Jan ZOPFS, Thomas HILLENKAMP / Michael KÖHLER / Jürgen RATH / Franz STRENG / Jürgen WOLTER (eds.), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag (Küper-FS)*, Edit.: C. F. Müller, Heidelberg, 2007, pág. 474, para quien el principio de coincidencia «presupone la realización de la circunstancia de asesinato durante el hecho. Porque el hecho de matar (punible) sólo comienza con la entrada en el estadio de la tentativa, no puede ser afirmado un obrar alevoso, si la víctima está desprevenida meramente al inicio en la fase de preparación del hecho [...] [*das eine Erfüllung des Mordmerkmals während der Tat voraussetzt. Da die (strafbare) Tötungstat erst mit dem Eintritt in das Versuchsstadium beginnt, kann heimtückisches Handeln nicht bejaht werden, wenn das Opfer bloß anfangs in der Phase der Tatvorbereitung arglos ist*]».

³⁰² NUVOLONE, Pietro, «L'art. 61, n. 5 c.p. e il momento consumativo del reato», en *Rivista italiana di Diritto penale*, 1948, pág. 92: «se difesa non può esserci dopo che ciò che si doveva evitare si è verificato, è chiaro che gli ostacoli alla difesa non possono essere posteriori all'evento. E, poiché ciò che si vuole evitare è il reato, le circostanze che ostacolano la pubblica e privata difesa non possono essere posteriori al reato stesso». NUVOLONE critica en el artículo una sentencia de la Corte de Casación italiana (Corte di Cassazione, 8 gennaio 1948, Sez. III - Pres. Mangini - Rel. Giglio - P. M. Granata (concl. Conf)) que consideraba que la agravante de la defensa disminuida era posible mientras el autor llevara a cabo su plan criminal, el cual comprendería no sólo lo que es necesario para consumar el delito, sino además todo lo que constituye su complemento necesario y lógico. Por este motivo, la Corte en el caso juzgado entendió que concurría la circunstancia de la defensa disminuida no con relación al momento y lugar de la comisión del delito (un hurto), sino respecto a su complemento necesario y lógico (el ocultamiento y carga de la mercancía robada). En contra, aunque a mi juicio sin razón, CÓRDOBA RODA, Juan, «Artículo 22.1», en Juan CÓRDOBA RODA / Mercedes GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte General (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio)*,

Cuestión ciertamente compleja relacionada con la anterior es la de si los «medios, modos o formas» empleados en la ejecución deben abarcarla en todo su desarrollo o en cambio pudieran surgir durante la ejecución en un momento posterior a su iniciación. Aunque algunos autores están a favor de la primera opción³⁰³, otros han admitido, en cambio, la posibilidad de una alevosía *sobrevenida* después del inicio de la ejecución³⁰⁴. A mi juicio existe una razón de fondo que justifica la posición de quienes rechazan la alevosía sobrevenida. Cuando un hombre consigue dañar o acabar con la

Edit.: Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011, pág. 270: «[...] se plantea el interrogante de si esta defensa se refiere a la que la víctima ejerza *antes* de la consumación del delito propuesto por el agente, con el fin de impedir la realización del mismo, o a *toda reacción* contra la persona del culpable, proveniente del ofendido, *independientemente* de que el delito perseguido por aquél se haya consumado ya en aquel instante [...] La indagación del sentido correspondiente a la regulación de la presente circunstancia en relación a otras figuras próximas, conduce a entender que es la segunda la solución correcta. Así obsérvese que la legítima defensa —a la que se refiere la última parte de la noción formulada en el art. 22.1.^a— no responde tanto a la función de evitar la comisión de delitos, como a la de proteger bienes jurídicos. En suma, el *aseguramiento de la ejecución* a que se refiere el núm. 1.º del art. 22 no equivale a la acción y efecto de garantizar la realización de lo propuesto, sino a la exención de riesgos procedentes de la defensa de la víctima en el momento del ataque, con independencia de que los mismos sean anteriores o inmediatamente posteriores a la agresión». Antes o después de la agresión puede haber riesgos sin duda como afirma CÓRDOBA RODA, pero no habrá defensa, porque uno no se puede defender frente a un ataque, si éste no ha empezado o ya ha concluido. Es paradójico que el autor sostenga que la defensa del art. 22.1 es la legítima defensa y no caiga en la cuenta de que la legítima defensa debe ser actual, es decir, contemporánea a la agresión.

³⁰³ CAMARGO HERNÁNDEZ, César, *La alevosía*, ob. cit., pág. 46, afirma basándose en la jurisprudencia: «Que la alevosía es necesario que comprenda la totalidad de la agresión que integra el delito (Sentencia de 9 de septiembre de 1901)». DEL ROSAL FERNÁNDEZ, Juan, «De la alevosía (S. 28 de Abril de 1959)», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales (ADPCP)*, Tomo 13, Núm. 1, 1960, pág. 97, quien comentando la jurisprudencia extrae como conclusión que: «[...] se establece con ponderable visión de justicia, que cualquiera de las circunstancias habrá de surgir en el momento ejecutivo de la decisión delictiva, que vale tanto como decir en el instante en que se ejecute la acción, de suerte que si aparece en el curso causal del acontecimiento delictivo no apareja agravación alguna de la responsabilidad». PUIG PEÑA, Federico, «Alevosía», ob. cit., pág. 564: «La prueba general de la alevosía debe demostrar la existencia de la misma, no sólo en el momento de la ejecución delictiva *strictu sensu*, sino *en todo el proceso general del delito*, porque los elementos característicos de esta circunstancia han de tomarse, no del desarrollo posterior de la primitiva agresión, ni de las circunstancias que entonces se produjeron, sino del momento en que ésta se pone en acción, o, lo que es lo mismo, desde su iniciación, debiendo abarcar a la totalidad del acometimiento y no a una parte del mismo, según doctrina reiterada y constante del Tribunal Supremos recogiendo el alcance y sentido de esta circunstancia de agravación a través de nuestro Derecho histórico y tradicional (8 julio 1944)». PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 198: «Desde la interpretación restrictiva del concepto de alevosía que aquí se sostiene resulta fácil explicar, en cambio, por qué es necesario que los medios o formas alevosas de ejecución deban concurrir desde el principio de la ejecución; sencillamente porque ello ha de haber sido así preparado o planeado incluso desde un momento anterior».

³⁰⁴ CÓRDOBA RODA, Juan, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 276: «Una antigua jurisprudencia condicionaba la aplicación de la presente circunstancia de agravación a que la alevosía abarcara la totalidad de la conducta delictiva; es decir, a que dicha circunstancia concurriera ya en el inicio de la actividad punible desplegada por el sujeto [...] Dicha jurisprudencia resulta, a nuestro juicio, criticable. No existe, en efecto, base legal para condicionar la estimación de la agravante al indicado requisito. La alevosía puede surgir, por la concurrencia de todos sus elementos, en un momento posterior al comienzo de la actividad delictiva. Este sentido inspira la moderna jurisprudencia». GRACIA MARTÍN, Luis, en *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, ob. cit., pág. 140: «En el tercer grupo de casos, el Tribunal Supremo mantiene la insostenible tesis de que debe apreciarse sólo homicidio

vida de otro, siempre se habrá llegado a un punto donde las defensas opuestas por la víctima resultaron ineficaces, puesto que de otro modo el autor difícilmente hubiera logrado su objetivo. En todo ataque efectivo a una persona termina teniendo lugar una indefensión sobrevenida, que si hubiera de ser reconocida siempre como alevosa, conduciría al resultado inaceptable de calificar todo ataque con resultado lesivo contra las personas como delito alevoso. Para evitar esta consecuencia muchos autores rechazan de plano la posibilidad de una alevosía sobrevenida. Otros aunque la aceptan, restringen, por el mismo motivo, su aplicación. Así según ALTÉS MARTÍ la alevosía sobrevenida *sólo* es admisible en el supuesto de que una vez «iniciada una conducta por el sujeto, a lo largo de élla [sic] se cambia de pensamiento y se lleva a cabo otra distinta»³⁰⁵, pues en otro caso, «si no existen voluntades diferentes [...] no cabe admitir la posibilidad de alevosía, cuando surge ocasionalmente a lo largo de la ejecución»³⁰⁶. De la misma manera, DE LA MATA BARRANCO aunque acepta la alevosía sobrevenida considera acertado su rechazo «en supuestos en que ésta, sin ser buscada, surge con posterioridad al inicial ataque del sujeto activo y a raíz, o no, de él»³⁰⁷. En definitiva, ambos autores recurren a un criterio *volitivo* según el cual sólo existe alevosía si una vez iniciado un ataque todavía no alevoso, el autor cambia de parecer y *pretende* cometerlo ahora con alevosía, pero en cambio no existirá si la indefensión se produce ocasionalmente *sin su voluntad*³⁰⁸.

consumado porque las circunstancias tienen que estar presentes desde el principio. El asesinato y el homicidio son delitos distintos. Esta tesis, consecuentemente desarrollada debería llevar a apreciar sólo, por ejemplo, violación, y no concurso entre ésta y homicidio, cuando la intención de matar y el hecho objetivo de matar a la víctima no está presente desde el principio de la violación. La solución adecuado en estos casos es la de apreciar asesinato doloso consumado. En estos casos, salvo que entre la primera acción y la segunda exista una clara desconexión temporal, debe estimarse que todos los actos están en una unidad de acción, por lo que la tentativa de homicidio estará consumida en el asesinato consumado, es decir: se dará un concurso de leyes». ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, ob. cit., pág. 88: «La hipótesis inversa (la acción empieza como homicidio y termina como asesinato), debe resolverse en favor del asesinato, puesto que en el momento de la ejecución y consumación del hecho la circunstancia estaba presente (alevosía sobrevenida), lo que ha tenido que comportar un mayor desvalor de la acción (de lo contrario, sería irrelevante para la calificación del hecho). DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 804: «[...] no se encuentra obstáculo alguno para entender con CÓRDOBA, sin embargo, que la alevosía pueda surgir por la concurrencia de todos sus elementos en un momento posterior al comienzo de la acción criminal; en este sentido, bastará con que se integre entre los actos de ejecución del delito, sin que, como se señalaba, deba identificarse con la ejecución misma de la acción delictiva, pudiendo haberse iniciado ésta cuando se realicen ulteriores actos ejecutivos en base a los cuales —por su carácter de aseguramiento— quepa apreciar la circunstancia de alevosía».

³⁰⁵ ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 130.

³⁰⁶ ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 131.

³⁰⁷ DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, «Artículo 22.1», ob. cit., págs. 804 y s.

³⁰⁸ La (falta de) voluntad alevosa del autor parece ser el criterio manejado para negar la alevosía sobrevenida en la STS 4230/2010 de 7 de julio: «El argumento del Jurado para reconocer la existencia del

Aunque esta última solución aminora en buena medida los efectos negativos de la indefensión sobrevenida, no parece que el criterio basado en la voluntad del autor proporcione un enfoque adecuado de este problema. En cambio, el criterio correcto a la hora de apreciar la alevosía debe encontrarse siempre en el hecho objetivo de si el autor en el caso concreto eliminó o no la capacidad de defensa de la víctima. Porque que concurra o no alevosía no puede hacerse depender *exclusivamente* de la voluntad del autor, sino de que éste en efecto lograra anular las capacidades defensivas de la víctima. Después de dar comienzo la ejecución el atacante puede ciertamente cambiar de intención, pero si a pesar de ello no elimina la capacidad de defensa de la víctima no podrá concluirse en ningún caso que exista alevosía.

Pues bien, que el autor *no* elimina la capacidad de defensa de la víctima es precisamente lo que sucede en los casos en que se ha dado inicio al ataque. Ello no sólo porque cuando el autor pretende emplear los medios alevosos la víctima, dado que el ataque comenzó antes, se encuentra ya apercebida, sino porque al no haber empleado el autor desde el inicio una modalidad que eliminara la defensa ha permitido a la víctima durante el ataque la posibilidad de defenderse. Evidentemente si el ataque al final tiene éxito, la víctima habrá quedado en un momento dado indefensa, pero eso no significa que el autor haya suprimido su capacidad para defenderse, sino que la víctima, a pesar de haber contado con dicha capacidad desde el principio del ataque, no supo ejercerla, no quiso o el propio azar, que no el autor, se lo impidió³⁰⁹. En este sentido debe darse la

estado de indefensión de la víctima cuando recibió la segunda puñalada lo extrae de la prueba pericial ‘objetiva’ realizada por los médicos forenses, subrayando especialmente que ‘*cuando recibió la segunda puñalada en la que según los facultativos la víctima se encontraba aturdida por haber recibido ya una primera e inesperada, recibiendo la segunda cuando instintivamente levantó los brazos para llevar las manos al lugar de la primera herida desprotegiendo el costado, de ahí ese estado de indefensión que los jurados aprecian en la víctima*’. Pues bien, este razonamiento acerca del estado de indefensión no casa normativamente con el concepto de la alevosía, pues se trata de describir los movimientos corporales realizados por la víctima cuando se ve atacado de frente por su agresor, añadiéndose a ello la valoración como indefensión de tal situación [...] Por otra parte, tampoco se deduce el elemento subjetivo o tendencial del ataque dirigido a ejecutar la agresión sobre seguro o eliminando conscientemente toda posibilidad de defensa de la víctima. Se admite la existencia de la discusión previa e incluso de las amenazas y los insultos, sin manifestarse el transcurso de un lapso de tiempo relevante que permitiese aceptar la alevosía sobrevenida. El dolo de la alevosía no se extrae del hecho probado teniendo en cuenta lo razonado más arriba, pues la indefensión no es fruto de la acción del agresor sino de los movimientos corporales del agredido, por lo que objetivamente existe una situación de abuso de superioridad pero no un ataque alevoso, que determina la calificación del hecho como homicidio con abuso de superioridad». A pesar de lo dicho en la sentencia, resulta también bastante dudoso la existencia del abuso de superioridad.

³⁰⁹ En este sentido FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, *Homicidio y asesinato*, ob. cit., pág. 165, en referencia a los ataques por la espalda: «[...] esta situación de indefensión no ha de ser un accidente en la lucha; ‘es necesario comprenda la totalidad de la agresión que integra el delito’; por ello, si se inicia la lucha y la víctima puede defenderse, pero luego queda desarmada, y el reo continúa la agresión, no existe alevosía

razón a quienes niegan la posibilidad de una alevosía sobrevenida. Por supuesto, que la víctima quede de manera sobrevenida indefensa no sólo es posible, sino que ocurre en todos los ataques exitosos contra la vida o la integridad física, pero lo que no puede sobrevenir es el ataque alevoso, es decir, que habiendo concedido el autor a la víctima la capacidad de defenderse, de repente, porque el autor tiene éxito en su ataque, ocurra que no se la ha concedido³¹⁰.

(S. de 9 de septiembre de 1901)». Igualmente MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte especial*, ob. cit., pág. 48: «[...] tampoco se convierte automáticamente en alevosa la muerte producida por una puñalada en la espalda, o al rematar al contendiente caído en el suelo, en el transcurso de una pelea en la que ambos contendientes actúan en igualdad de condiciones».

³¹⁰ Por supuesto estamos hablando de *un único* ataque entendido como una *única* acción. Si existieran en realidad *dos* acciones —como más adelante se verá en los casos de riña previa— en principio no habría objeción teórica ninguna a considerar alevoso un segundo ataque que sigue a un primero no alevoso, pero aquí ya no se trataría de un supuesto de alevosía sobrevenida, que estudia el problema de la aparición retardada de medios alevosos dentro del desarrollo de *una única* acción. En este sentido CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en *Derecho penal. Parte Especial*, pág. 84: «La situación contraria puede darse si la conducta comienza como homicidio, no se produce la muerte y, a continuación el autor lleva a cabo un asesinato, por ejemplo, aprovechando la indefensión en que ha quedado la víctima, y concurriendo todos los requisitos de la alevosía. En principio hay un concurso real entre un homicidio intentado y un asesinato consumado. Ahora bien, lo normal será que estemos ante una única acción; que el sujeto no haya aprovechado deliberadamente la situación de indefensión en que se encontraba la víctima. Y en este caso, estaremos ante un simple homicidio. Para que exista un auténtico concurso real, es necesario que hay una interrupción en la conducta, de tal manera que el sujeto reelabore, por así decirlo, su plan». CASTELLÓ NICÁS, Nuria, «El asesinato y sus circunstancias», ob. cit., pág. 30: «Si se han producido dos acciones diferentes, separadas espacio-temporalmente de forma suficiente, habrá que estimar un concurso real de delitos». SOTO NIETO, Francisco, «La alevosía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista jurídica La Ley*, 2005, Vol. 1, pág. 1781: «El análisis de la existencia o no de dicha agravante —expone la sentencia de 16 de mayo de 1996— resulta extremadamente delicado, siendo decisivo el examen de si existió o no una sola acción o dos diferenciadas aunque inmediatas en su sucesión temporal, pues de entenderse lo primero sería plenamente aplicable la doctrina que entiende que la situación de indefensión ha de existir desde el momento inicial de la agresión, quedando así eliminadas las formas comisivas de la denominada ‘alevosía sobrevenida’, mientras que de reputarse que existieron dos acciones separables, la iniciación de la segunda —con la víctima situada en posición de imposible defensa— comportaría la aplicación de la agravante». Igualmente véase STS 4140/2010 de 6 de julio: «Se dice que no hubo asesinato con alevosía, sino solo un homicidio; y ello en base a una pretendida contradicción a) entre lo que se dice en el apartado 3º de los hechos probados donde se afirma que el acusado Jesús y Florencia iniciaron una discusión entre ambos mientras la prima de esta se iba a dormir, y b) el contenido del apartado 6º de los mismos hechos probados donde se relata que el acusado realizó la acción descrita (se refiere al disparo contra Florencia) de un modo totalmente sorpresivo para esta y sin darle posibilidad alguna de defenderse. Pero tal contradicción no existe, pues tales dos acciones (discusión y disparo) se produjeron en dos momentos diferentes, la primera sobre las 5,30 horas (apartado 2º) y la segunda entre las 8 y las 9 (apartado 4º). Lapso de tiempo suficiente para que Florencia, terminada la discusión, se encontrara ya en el sofá del salón comedor, ajena a lo que pudiera estar haciendo Jesús en ese momento». Sin embargo, incluso los casos de dos acciones distintas en ocasiones no han sido considerados como supuestos alevosos debido a la doctrina jurisprudencial de la riña previa, por la que se entiende que la víctima en virtud de la advertencia que supuso el primer ataque tuvo que haber contado con capacidad de preverlo, y por tanto para defenderse. Crítica con esta postura GÓMEZ RIVERO, Carmen, «Presupuestos y límite de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal», ob. cit., pág. 45: «Me refiero a los casos en que, de alguna forma, ya sea por conocimiento de la personalidad del agresor o por las más variadas circunstancias concurrentes [por ejemplo un ataque anterior no alevoso], la víctima tenía elementos suficientes para prever un ataque sorpresivo o especialmente preparado por parte

La postura aquí defendida parece que es compartida en muchas ocasiones por el Tribunal Supremo. Entre otras sentencias³¹¹, un buen ejemplo de ello lo representa la STS 648/2014 de 14 de febrero, que por su interés se transcribe pese a la extensión de la cita: «La alevosía —la elección de una forma que tienda a eliminar las posibilidades de defensa— ha de referirse a la agresión contemplada como un todo y no a sus últimos eslabones; hay que fijarse en el episodio en su conjunto y no solo en los avatares, que preceden inmediatamente al fallecimiento. Si fuese de otra forma sería hartamente infrecuente un homicidio consumado que no pudiese ser calificado de asesinato. Si se ha alcanzado el objetivo buscado es que finalmente se han superado los eventuales mecanismos de defensa; en definitiva que se han anulado. El fallecimiento será la prueba de que se han laminado las posibilidades defensivas. Si pudieron existir, han sido abolidas. Hay que valorar la alevosía en un juicio *ex ante*: situarnos al inicio de todo el episodio. El último ‘navajazo’, que después de una larga serie de ellos y un reñido enfrentamiento, se

de aquél, casos que la Jurisprudencia tiende a expulsar de forma casi mecánica del ámbito de la alevosía».

³¹¹ STS 5144/2011 de 19 de julio: «[...] en la alevosía la situación de indefensión es necesario que concurra desde el momento del inicio de la agresión y no como consecuencia de la acción de acometimiento que coloca a la víctima en una situación de progresiva indefensión e incluso desvalimiento después de haber recibido uno o varios golpes que vencen la inicial resistencia, continuado el actor con su progresión delictiva hasta conseguir su propósito de acabar con la vida de la víctima»; STS 7993/2011 de 25 de noviembre: «[...] la sorpresa cualificadora del modo de actuar como alevosos es la inicial de la total acción que se despliega sin solución de continuidad y mientras no quepa diferenciar fases separadas en el tiempo, siendo irrelevante cual de las plurales víctimas fue la primera en soportar el ataque que es en su totalidad sorpresivo sin que las víctimas pudiera articular estrategia defensiva de ningún tipo»; STS 557/2014 de 29 de enero: «La sucesión de golpes cuando ya estaba caído en el suelo no bastaría para la alevosía que ha de concurrir desde el comienzo del acometimiento o agresión, con las salvedades conocidas para los casos en que se produce una solución de continuidad, una ruptura del episodio o un salto cualitativo e inesperado en la contienda [...] De frente y tras ese forcejeo, es indudable que la rapidez del ataque le otorgó lamentablemente una mayor eficacia, pero no lo es que objetivamente la víctima careciese de toda capacidad reactiva. Otra cosa es que, por una distracción momentánea, por la velocidad que pudo imprimir a su ataque el autor, por otras mil circunstancias su reacción defensiva fuese tardía, insuficiente e ineficaz [...] carece de toda trascendencia esa cuestión: como se deduce de lo analizado al hablar de la alevosía que la víctima cayese sin sentido y totalmente ya desvalida e inmóvil no condiciona la apreciación de la alevosía ni en un sentido ni en otro. Resulta indiferente desde ese punto de vista jurídico por cuanto la alevosía ha de identificarse en el momento inicial del acometimiento y no en los sucesivos. No cabía una alevosía por desvalimiento. O había alevosía en el primer golpe, o no la había en todo el suceso»; STS 2853/2014 de 18 de junio: «Por su parte el Fiscal distingue dos fases en el desarrollo secuencial de los hechos, pero en cuanto la segunda es efecto de la primera, es decir, consecuencia de un enfrentamiento no asegurador de la muerte, como por ejemplo, en una lucha o pelea frente a frente, en el que uno de los contendientes, cae inconsciente al suelo al recibir un golpe y yacente en él, el adversario busca un instrumento contundente próximo a él o usa el que posee y le descarga un golpe mortal en la cabeza, no sería merecedor de la calificación de alevosía, porque la situación de indefensión fue una incidencia de una pelea iniciada sin alevosía por las personas enfrentadas»; STS 3130/2014 de 14 de julio: «Para apreciar la alevosía que convierte en asesinato el homicidio hay que atender al marco global de la acción. La alevosía, es decir la elección de un medio o forma de ejecución que tienda directamente a eliminar las posibilidades de defensa, ha de referirse a la agresión contemplada como un todo y no a sus últimos eslabones; ha de valorarse el episodio en su conjunto y no solo en los avatares que preceden inmediatamente a la muerte de la víctima».

propina cuando la víctima ha sido despojada del arma que también portaba, y yace en el suelo malherida y ya sin la menor capacidad de reacción, no convierte en alevosa esa agresión que comenzó frente a frente y con ambos contendientes armados. El ataque que se inicia sin alevosía no se torna alevoso como consecuencia de los lances o circunstancias que pueden ir sobreviniendo, salvo cuando se produce una solución de continuidad, una *cesura* entre el inicial episodio y un nuevo acometimiento (alevosía sobrevenida); o un inesperado e inesperable cambio cualitativo. En un estrangulamiento que ha alcanzado su objetivo letal siempre obviamente hay un momento en que la víctima está totalmente indefensa y desvalida. Pero eso no es definitivo. El factor decisorio es cómo se ha llegado a esa situación. Si se hace de forma sorpresiva e inopinada, cuando la víctima no puede esperar ese ataque; o a traición, abordándola por la espalda; o cuando la víctima se encuentra durmiendo o inconsciente (desvalimiento), habrá un asesinato. Cuando el estrangulamiento es el último acto ejecutivo de una agresión que comenzó de frente, con forcejeos, y, venciendo la resistencia opuesta por la víctima, se consigue doblegar sus esfuerzos por zafarse y postrarla sujetándole la garganta para asfixiarla, no hay alevosía. Esta ha de predicarse —con las salvedades hechas— de todo el episodio y no del instante final»³¹².

Dos cuestiones merecen ser destacadas de esta sentencia. En primer lugar, la postura adoptada parece conceder la razón a quienes niegan la posibilidad de la alevosía sobrevenida. Y ello porque, como se establece expresamente en la sentencia, el criterio determinante a la hora de apreciar la alevosía consiste en un juicio *ex ante*³¹³; si en el momento inicial existió capacidad de defensa no concurrirá alevosía aun cuando en un momento posterior sobrevenga la indefensión. Pero a la vez, en segundo lugar, admite excepciones a este criterio en dos casos en los que parece que sí podría afirmarse la

³¹² Esta sentencia es citada literalmente por las STS 5083/2014 de 12 de diciembre y STS 5442/2014 de 26 de diciembre.

³¹³ Otras sentencias que hacen mención expresa al juicio *ex ante* son STS 648/2014 de 14 de febrero y STS 1294/2014 de 14 de marzo: «La alevosía concurre cuando en un juicio *ex ante* hay que negar toda posibilidad defensiva como consecuencia de una situación deliberadamente buscada o conscientemente aprovechada por el autor; pero no cuando *ex post* se comprueba que no ha existido una defensa eficaz que, *a priori*, no podía excluirse». También 1746/2015 de 25 de abril: «Que la víctima tuviese ocasión de oponer un mínimo de resistencia —que en una perspectiva *ex ante* estaba abocada al fracaso, al ser completamente inútil— no enturbia los elementos de la alevosía, correctamente apreciada».

alevosía sobrevenida: a) supuestos de solución de continuidad, cesura o interrupción y b) supuestos de cambio cualitativo³¹⁴.

En cuanto al primer caso, en efecto existen sentencias del Tribunal Supremo que reconocen la alevosía sobrevenida cuando se presenta una interrupción y tienen lugar por tanto dos acciones diferenciadas, como ocurre, además de en otras, en la STS 4944/2012 de 10 de julio³¹⁵: «En efecto, la doctrina jurisprudencial ha venido

³¹⁴ Estos son los dos supuestos reconocidos de alevosía sobrevenida en las STS 5083/2014 de 12 de diciembre, STS 5442/2014 de 26 de diciembre, STS 677/2015 de 25 de febrero y STS 824/2015 de 12 de marzo: «En cuanto a la alevosía sobrevenida se produce cuando no se halla presente en el comienzo de la acción, pero tras una interrupción temporal se reanuda el ataque, aunque sea de distinta forma o modo, durante el que surge el aprovechamiento de la indefensión del agredido, propiciada por la intervención de terceros o también por el propio agente (SSTS. 1115/2004 de 11.11, 550/2008 de 18.9, 640/2008 de 8.10, 790/2008 de 18.11). Existe cuando aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada.(SSTS. 53/2009 de 22.10, 147/2007 de 19.2, 640/2008 de 8.10, 243/2004 de 24.2)».

³¹⁵ STS 910/2010 de 25 de febrero: «La situación relativa al finado Jesus [sic] Miguel, tampoco es equiparable a la alevosía sobrevenida, en la que iniciándose la agresión como homicida, cesa ésta y después se renueva en tales condiciones o circunstancias, que perfectamente puede ser calificada de alevosa, ya que en nuestro caso, sin solución de continuidad y sin dar respiro a los agredidos, se suceden unos actos tras otros, en una calle amplia o explanada, que permitió al sujeto activo maniobrar una y otra vez con el vehículo hasta atropellar a las víctimas»; STS 4140/2010 de 6 de julio: «En el motivo 2º, por el cauce del nº 1º del art. 849 LECrim., se alega infracción de ley por aplicación indebida del art. 139.1º CP e inaplicación del 138. Se dice que no hubo asesinato con alevosía, sino solo un homicidio; y ello en base a una pretendida contradicción a) entre lo que se dice en el apartado 3º de los hechos probados donde se afirma que el acusado Jesús y Florencia iniciaron una discusión entre ambos mientras la prima de esta se iba a dormir, y b) el contenido del apartado 6º de los mismos hechos probados donde se relata que el acusado realizó la acción descrita (se refiere al disparo contra Florencia) de un modo totalmente sorpresivo para esta y sin darle posibilidad alguna de defenderse. Pero tal contradicción no existe, pues tales dos acciones (discusión y disparo) se produjeron en dos momentos diferentes, la primera sobre las 5,30 horas (apartado 2º) y la segunda entre las 8 y las 9 (apartado 4º). Lapso de tiempo suficiente para que Florencia, terminada la discusión, se encontrara ya en el sofá del salón comedor, ajena a lo que pudiera estar haciendo Jesús en ese momento. Hemos de añadir lo que venimos diciendo reiteradamente en esta sala para los casos en que, como aquí, el motivo de casación se apoya en el art. 849.1º LECrim., hay que respetar los hechos probados de la sentencia recurrida conforme se deduce de lo dispuesto en el art. 884.3º de tal ley procesal; lo que lleva consigo el que, en el desarrollo del motivo correspondiente, no pueda argumentarse sobre las pruebas practicadas; algo que se vulnera en este motivo 2º. En conclusión, lo que nos narran tales hechos probados es una acción estrictamente alevosa: un disparo de revólver en la sien cuando la víctima está sentada en un sofá sin saber lo que en ese momento estaba haciendo el agresor. Desestimamos este motivo 2º»; STS 4294/2011 de 8 de junio: «Es decir, según la Jurisprudencia, la alevosía sobrevenida surge cuando en un momento posterior de la actuación agresiva, se aprovecha por el sujeto activo la situación de absoluta indefensión en que se encuentra la víctima para ejecutar una nueva y diferente agresión distinta a la anteriormente realizada»; STS 5344/2012 de 11 de julio: «La conducta ha de ser alevosa desde el momento mismo de la acción, sin embargo ello no obsta a que, iniciada una acción delictiva con [sin: error evidente del Tribunal] carácter alevoso, se inicie después otra distinta contra el mismo sujeto en que puede apreciarse una alevosía sobrevenida (STS 147/2007, de 19-2)»; STS 8280/2012 de 5 de diciembre: «Tal alevosía sobrevenida surge cuando en un momento posterior de la actuación agresiva, se aprovecha por el sujeto activo la situación de absoluta indefensión en que se encuentra la víctima para ejecutar una nueva y diferente agresión distinta a la

admitiendo de manera reiterada que la alevosía puede agravar estos delitos contra las personas aún cuando la estrategia del acusado no se manifieste inicialmente en alguna de las modalidades antes citadas si, posteriormente al inicio de la ejecución del delito, se procede por el autor en alguna de las citadas modalidades de agravante. Pero en tales casos la alevosía sobrevenida exige, para ser apreciada, una ruptura o solución de continuidad entre la situación inicial y la posterior en que aquélla concurre. Así lo hemos dicho en la Sentencia 243/2004 de 24 de febrero : *tal alevosía sobrevenida surge*

anteriormente realizada (STS 24-2-04)»; STS 3344/2013 de 16 de mayo (citada además por la STS 1286/2014 de 5 de marzo): «La alevosía sobrevenida surge cuando en una situación de enfrentamiento o agresiones entre dos personas o dos bandos no alevosa, cesan las agresiones y se restablece la paz y la confianza de nuevo e inesperadamente uno de los contendientes sorprende al otro y ejecuta una agresión mortal (alevosía súbita o inesperada). No puede hablarse de alevosía sobrevenida cuando en una confrontación, por ejemplo, de dos personas, en las agresiones que recíprocamente se dirigen, uno de ellos consigue un golpe que deja inconsciente y desvanecido al adversario. El hecho de que en esa situación, resultado de la pelea o riña que, por cierto, puede sufrir uno u otro indistintamente, trate el que consiguió doblegar al otro, de rematarlo, produciéndole la muerte, no por ello debemos calificar el hecho de alevosía sobrevenida»; STS 4302/2013 de 23 de julio: «Así se señala que cuando surgió el ánimo de matar y efectuó el primer disparo no se puede afirmar que estuviese anulada la defensa de la víctima no solo porque estaba presente otra persona sino sobre todo porque la propia víctima, no obstante ser el acusado portador de una escopeta, buscó el enfrentamiento y se encaró a su agresor y si bien es cierto que cuando se produjo el segundo disparo la víctima ya estaba abatida no lo es menos que no hubo solución de continuidad y se estaba desarrollando la ejecución del plan inicial del acusado de acabar con la vida de Guillermo, declarándose probado que el primer disparo ya fue mortal de necesidad al producirle en el pecho la hemorragia de mayor envergadura y por estas razones también se excluye la alevosía sobrevenida»; STS 5083/2014 de 12 de diciembre y prácticamente en los mismos términos STS 5442/2014 de 26 de diciembre: «Ahora bien cuando el ataque a la persona se produce desarrollándose en varios actos ejecutados sin solución de continuidad, si en el inicio de la agresión no es posible apreciar la alevosía a causa de la ausencia de sus elementos característicos, tampoco podrá estimarse su concurrencia valorando el eventual desvalimiento o situación de inferioridad en la que se encuentra la víctima en los momentos finales de la acción, pues ésta sería una consecuencia natural de los primeros actos de agresión. Por lo tanto, solo será posible apreciar la alevosía cuando la acción se haya interrumpido, para reanudarla posteriormente aprovechando la situación creada (STS. 1089/2007 de 19.12). En igual sentido la STS. 357/2002 de 4.3, en un caso en que el acusado cogió a su esposa por el cuello presionando *hasta que quedó desvanecida* y como observó que seguía con vida la remató estrangulándola, no se apreció la alevosía sobrevenida, porque es preciso que se inicie una acción delictiva sin carácter alevoso y se continúe [sic] después otra distinta contra el mismo sujeto pasivo, lo que no ocurrió en el caso examinado, en el que hubo una única acción. Es cierto que no faltan sentencias de esta Sala que entienden hay alevosía, en la modalidad de sobrevenida, en la acción de seguir golpeando a la víctima ya en el suelo e inconsciente y por tanto totalmente desvalida (SSTS. 1346/2005 de 21.10, 1271/99 de 20.9). Esta doctrina ha sido matizada en la reciente STS. 104/2014 de 14.2 que recuerda que ‘Para apreciar la alevosía que convierte en asesinato el homicidio hay que atender no tanto al mecanismo concreto homicida como al marco de la total acción. Aunque a algunas modalidades específicas parece connatural la alevosía —el veneno v.gr.— ni siquiera en esos casos son inimaginables supuestos en que no hay alevosía: —violento forcejeo en el que se acaba por reducir a la víctima para hacerle ingerir por la fuerza el veneno—. En concordancia con esta premisa general no puede afirmarse apriorísticamente que un estrangulamiento sea siempre alevoso. De hecho en la jurisprudencia encontramos casos de asfixia por estrangulamiento catalogados como alevosos frente a otros en que se calificó como homicidio (SSTS 1068/2010, 2 de diciembre y 20 de diciembre de 2006, 1279/2006 ó STS 76172007, de 26 de septiembre, 162/2009, de 12 de febrero por recoger un par de precedentes en cada dirección)»; STS 2853/2014 de 18 de junio: «La alevosía sobrevenida surge o puede surgir cuando después de una pelea entre dos o más personas cuerpo a cuerpo, esto es, no alevosa, deciden los contendientes no proseguir en la contienda o por cualquier razón cesan en las agresiones, y cuando se restablece la paz y tranquilidad y los ánimos ya se han calmado en

cuando en un momento posterior de la actuación agresiva, se aprovecha por el sujeto activo la situación de absoluta indefensión en que se encuentra la víctima para ejecutar una nueva y diferente agresión distinta a la anteriormente realizada».

Es cierto que no existe ninguna dificultad teórica cuando existen *dos* acciones para considerar alevoso, como hace la sentencia, un segundo ataque seguido de un primero no alevoso. El problema es que, a pesar de lo que diga el Tribunal, aquí ya no se trata de un supuesto de alevosía sobrevenida tal y como es entendido tradicionalmente en la doctrina, donde se estudia la cuestión de la aparición retardada de medios alevosos dentro del desarrollo de *una única* acción, sino más bien de un caso de riña previa, donde efectivamente concurren *dos* acciones: el enfrentamiento previo y el ataque posterior.

Lo mismo puede decirse respecto del otro caso de alevosía sobrevenida. Así, en otras muchas ocasiones el Tribunal Supremo admite la posibilidad de la alevosía sobrevenida en los supuestos de cambio cualitativo, de lo que son ejemplo las STS 3379/2011 de 13 de mayo y STS 3781/2011 de 23 de mayo³¹⁶: «Dentro ya de la alevosía

los contendientes, uno de ellos de forma inesperada o a traición agrede de nuevo a su antiguo adversario; pero éste no es el caso contemplado»; STS 662/2015 de 12 de diciembre: «El Jurado centra su relato fáctico en un momento posterior, cuando la víctima ya está aturdida por los golpes recibidos y en absoluta situación de indefensión, acentuada por su estado de embriaguez. Este momento está necesariamente separado, aunque sea por un corto espacio temporal, del episodio anterior, pues el acusado, que estaba inicialmente desarmado, tuvo que acudir a proveerse de un cuchillo. Es en ese momento en el que el acusado, con su víctima inerte, embriagada y aturdida, va a buscar un arma y procede a asestar a su mujer hasta siete puñaladas en zonas vitales, consciente de su absoluta indefensión, cuando concurre la alevosía. Y esta acción debe ser sancionada como lo que es: un asesinato».

³¹⁶ El texto de ambas sentencias es idéntico salvo que la STS 3379/2011 de 13 de mayo no cita como precedentes las dos últimas sentencias entre paréntesis, y casi en los mismos términos también STS 8688/2012 de 3 de diciembre, STS 8696/2012 de 10 de diciembre y STS 140/2013 de 15 de enero. Otras sentencias en el mismo sentido son STS 117/2010 de 19 de enero y STS 5289/2010 de 6 de octubre: «En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión, es decir, la acción a traición, lo que tiende a suprimir la posibilidad de defensa, pues quien, confiado, no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso. Pero también reviste este carácter cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento, se produce, imprevisiblemente, un cambio cualitativo en la situación (STS nº 178/2001, de 13 de febrero, ya citada), de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno en función de las concretas circunstancias del hecho. (STS nº 1031/2003, de 8 de setiembre)»; STS 1479/2010 de 2 de marzo: «El examen del ‘factum’ y de la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia muestra que la única alevosía con la que se podría operar en este caso sería la sorpresiva genérica, que requiere un ataque repentino o súbito con el arma sin discusión previa alguna, o una alevosía sorpresiva sobrevenida, de modo que concurriendo una discusión previa sin ataque con arma alguna, ésta se utilice de forma repentina o imprevista en un momento determinado de la conversación entre el acusado y su víctima»; STS 391/2011 de 27 de enero: «En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión, es decir, la acción a traición, lo que tiende a suprimir la posibilidad de defensa, pues quien, confiado, no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Dicho con

realizada por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino, que es la que se postula por la parte recurrente en este caso, la jurisprudencia de la Sala distingue los casos en que se ataca en el momento inicial sin previo aviso, de aquellos otros que también considera alevosos pero en los que la alevosía se tilda de sobrevenida por aparecer en una segunda fase de la ejecución del hecho delictivo. Esta última modalidad de *alevosía sobrevenida* tiene lugar cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio

otras palabras, se encuentra indefenso frente al ataque. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso. Pero también reviste este carácter cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento, se produce, imprevisiblemente, un cambio cualitativo en la situación (STS nº 178/2001, de 13 de febrero, ya citada), de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno en función de las concretas circunstancias del hecho. (STS nº 1031/2003, de 8 de setiembre); STS 3899/2012 de 11 de mayo: «En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión, es decir, la acción a traición, lo que suprime las posibilidades de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible (v. gr. cuando se ataca sin previo aviso). También reviste este carácter cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento previo, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno en función de las concretas circunstancias del hecho (STS núm. 714/2008, de 11 de noviembre); STS 4691/2012 de 20 de junio: «La jurisprudencia de esta Sala ha admitido una alevosía sobrevenida, que adquiere forma en el transcurso de una agresión en cuyo arranque, sin embargo, todavía el agresor no exterioriza su actitud ventajista. En efecto, dentro ya de la alevosía realizada por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino, numerosos precedentes distinguen los casos en que se ataca en el momento inicial sin previo aviso, de aquellos otros que también se consideran alevosos pero en los que la alevosía se tilda de sobrevenida por aparecer en una segunda fase de la ejecución del hecho delictivo. Esta última modalidad de alevosía sobrevenida tiene lugar cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada (SSTS 178/2001, 13 de febrero; 1214/2003, 24 de septiembre; 949/2008, 27 de noviembre; 965/2008, 26 de diciembre; 25/2009, 22 de enero; 93/2009, 29 de enero; y 282/2009, 10 de febrero); STS 8294/2012 de 22 de noviembre que cita literalmente la anterior añadiéndola entre los precedentes; STS 178/2013 de 29 de enero: «Aunque su esencia radica en el acometimiento sin previo aviso, también se aprecia cuando, habiendo mediado un enfrentamiento, se produce imprevisiblemente un cambio cualitativo en la situación (STS núm. 178/2001, de 13 de febrero, ya citada), de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, en modo alguno podía ser racionalmente esperada por la víctima en función de las concretas circunstancias del hecho (STS núm. 1031/2003, de 8 de septiembre); STS 1900/2013 de 8 de abril (y en términos casi idénticos STS 2883/2013 de 17 de mayo, STS 4774/2013 de 2 de octubre y STS 269/2014 de 24 de enero): «Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso. Y, también reviste este carácter cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento, se produce un cambio cualitativo en la situación (STS núm. 178/2001, de 13 de febrero, ya citada), de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho (Cfr. 24-9-2003, nº 1214/2003); STS 4302/2013 de 23 de julio: «Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 17/2013, de 15 de enero, que la modalidad de alevosía sobrevenida tiene lugar cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada»; STS

cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada (SSTS 178/2001, de 13-2; 1214/2003, de 24-9; 949/2008, de 27-11; 965/2008, de 26-12; 25/2009, de 22-1; 93/2009, de 29-1; y 282/2009, de 10-2)».

A pesar de estas sentencias es dudoso que también aquí el Tribunal Supremo se esté refiriendo en realidad al problema de la alevosía sobrevenida. En lugar de ello parece haber confundido de nuevo casos de alevosía sobrevenida con otros pertenecientes a su doctrina de la riña previa³¹⁷. Las sentencias transcritas se refieren a “un enfrentamiento previo”, cuando, en cambio, el supuesto de la alevosía sobrevenida no se plantea *previamente* a la ejecución, sino a lo largo de *una misma* ejecución, que (supuestamente) comienza no siendo alevosa y terminar en cambio por serlo. Que el Tribunal trata de *dos* ejecuciones diferenciadas (una previa y otra posterior) y no como en la alevosía sobrevenida de *una única* ejecución se hace todavía más patente cuando habla de un “cambio cualitativo” o “alteración sustancial”. Porque un cambio sustancial supone por lo general que se están ejecutando dos delitos diferentes; si cambia «el instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada» lo más seguro es que se haya pasado de un delito (lesiones) a otro (homicidio o asesinato), pues precisamente se están nombrando criterios que el Tribunal Supremo utiliza para distinguir diferentes delitos (las lesiones del homicidio o el asesinato) contra las

1596/2015 de 14 de abril: «Algunas resoluciones de esta Sala han analizado la posibilidad de una alevosía sobrevenida cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada (SSTS 53/2009 de 22 de octubre; 147/2007 de 19 de febrero; 640/2008 de 8 de octubre y 838/2014 de 12 de diciembre)».

³¹⁷ En la misma confusión cae a mi juicio ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, ob. cit., pág. 72: «Suele exigirse como regla general, en concreto por la jurisprudencia, que la utilización del medio o situación alevosa concurren en el hecho desde sus inicios, pero también se admite que aquéllos se incorporen en el transcurso de la ejecución de la acción agresora contra la víctima (alevosía sobrevenida), como se verá más abajo. Esta situación puede concurrir con relativa frecuencia en los casos de riña, incluso es posible que el sujeto activo haya provocado la riña para a continuación hacer uso del medio alevoso con mayor facilidad, o que la víctima no espere un ataque contra su vida. En estos casos la alevosía debe apreciarse, frente al criterio general que venía manteniendo la jurisprudencia [...]».

personas³¹⁸. Y evidentemente si el hecho que se está ejecutando cambia sustancialmente —de una mera riña o lesiones se pasa a un intento de matar— es natural que la *nueva* ejecución no «[pudiera] ser esperada por la víctima». Pero esto de nuevo no es un caso de alevosía sobrevenida sino de riña previa.

Por eso, dada la confusión entre alevosía y riña previa, no tiene nada de extraño que la jurisprudencia en supuestos de riña previa³¹⁹ admita la alevosía precisamente en los dos mismos casos en los que reconoce la posibilidad de alevosía sobrevenida —a) cesura o interrupción y b) cambio cualitativo—, como se demuestra en las siguientes sentencias STS 2039/2011 de 14 de abril, STS 5129/2011 de 28 de junio, STS 5144/2011 de 19 de julio, STS 7290/2011 de 2 noviembre y STS 5442/2014 de 26 de diciembre, donde el Tribunal Supremo afirma: «Es cierto que hay una doctrina reiterada de esta Sala que considera incompatible con la alevosía la existencia de una situación de riña o disputa previa, pues tal situación hace que pueda esperarse el ataque constitutivo del delito (SSTS. 12.5.93, 10.6.94, 24.7.2000), pero tal doctrina, dice la STS. 24.4.2000, tiene una doble matización: 1ª. Que no exista un cambio cualitativo importante, pues puede haber alevosía cuando, por ejemplo, en una riña meramente verbal, de repente uno de los contendientes saca un arma de forma inesperada para matar o lesionar. 2ª. Que no haya cesado el incidente anterior, pues cuando éste se ha dado por terminado y después hay una agresión súbita puede concurrir esta agravante. Por ello es compatible

³¹⁸ STS 2853/2011 de 16 de abril: «1. En el primer motivo de recurso, y al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º y 2º de la LECr., cuestiona la defensa del acusado que este actuara con dolo homicida cuando arremetió con el vehículo contra los peatones que transitaban por la calle peatonal. La parte recurrente estima que el acusado actuó con ‘animus laedendi’ y no con ‘animus necandi’, conclusión que extrae de las lesiones causadas a las víctimas, incidiendo en que solo eran mortales las irrogadas a Sofía. 2. La tesis de la parte recurrente resulta inasumible. En efecto, sobre esta cuestión del ánimo homicida la jurisprudencia de esta Sala viene considerando como criterios de inferencia para colegir el dolo de matar los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido; el comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante; el arma o los instrumentos empleados; la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque; la intensidad del golpe o golpes en que consiste la agresión, así como de las demás características de ésta; la repetición o reiteración de los golpes; la forma en que finaliza la secuencia agresiva; y en general cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto (SSTS. 57/2004 de 22-1; 10/2005, de 10-1; 140/2005, de 3-2; 106/2005, de 4-2; 755/2008, de 26-11; y 140/2010, de 23-2) [subrayado y cursiva míos]». STS 7907/2012 de 28 de noviembre: «Esta Sala en sentencia de 11-1-2005 recoge los criterios a la hora de distinguir el delito de homicidio en grado de tentativa y el delito de lesiones consumadas. Hemos de tener en consideración dos elementos objetivos como hechos básicos en la mencionada prueba de indicios: 1º. La clase de instrumento o arma utilizada. 2º. El lugar del cuerpo elegido para el ataque ha de ser una zona vital, la cabeza o el tronco, donde se albergan órganos cuya lesión puede determinar la pérdida de la vida humana».

³¹⁹ Un tratamiento más extenso de la doctrina jurisprudencial de la riña previa puede consultarse en el capítulo 4.

la alevosía con una discusión previa, cuando uno de los contendientes no puede esperar racionalmente una actitud exasperada de la otra parte que vaya más allá de la confrontación verbal y se deslice hacia una agresión desproporcionada que coja de sorpresa al acometido (SSTS. 892/2007 de 29.10, 912/2009 de 23.9) [subrayado y cursiva míos]».

En definitiva en la riña previa es posible la apreciación de la alevosía porque tienen lugar dos acciones, de modo tal que el cambio o la alteración sustancial de una a otra, es decir, el inicio de una segunda acción no esperada puede sorprender a la víctima eliminando su capacidad de reacción —como por ejemplo cuando de una mera disputa verbal se pasa a un ataque sorpresivo con arma de fuego—. En cambio la existencia de la alevosía sobrevenida —cuando se entiende en su sentido tradicional (una acción) y no se confunde con la riña previa (dos acciones)— resulta imposible, porque aquí no concurre un segunda acción que sorprenda a la víctima, sino que desde el comienzo siempre se ha ejecutado el mismo hecho, y no puede suceder que en una misma ejecución el autor conceda a la víctima la posibilidad de ejercer la defensa y luego, porque el ataque sea exitoso, resulte que ya no se la concedió; habrá ocurrido que, habiendo contado la víctima desde el inicio con la capacidad de defenderse, en un momento posterior habrá quedado indefensa por no saber ejercerla, por no querer o por el puro azar, pero no porque el autor se lo impidiera. La STS 5299/2010 de 4 de octubre representa para terminar un buen ejemplo donde mostrar la imposibilidad de la alevosía sobrevenida: «Y con respecto a la postulada alevosía, el *factum* declara que, una vez dentro de la vivienda, su morador se despertó, entablándose un forcejeo entre ambos que degeneró en una lucha cuerpo a cuerpo, a base de golpes y puñetazos, y solamente cuando Jenaro comprendió que no podía doblegar a su contrincante, el cual incluso le empezaba a dominar físicamente, reaccionó sacando un cuchillo que llevaba oculto en la cintura, asestándole varios golpes hasta acabar con su vida. Hemos declarado reiteradamente que en situaciones como ésta, de forcejeos y lucha, cuerpo a cuerpo, no cabe apreciar esta circunstancia agravante o cualificadora del asesinato».

La sentencia narra un (supuesto) caso de alevosía sobrevenida y no de riña previa, ya que es evidente que desde el comienzo se está ejecutando el mismo hecho; el autor Jenaro siempre está intentando matar a su víctima. Sin embargo, resulta imposible

apreciar la alevosía porque en el caso no se puede decir que Jenaro haya impedido el ejercicio de la legítima defensa; hasta tal punto no lo ha hecho que en un momento dado su víctima le empieza “a dominar físicamente”. Por otra parte no puede suponer una sorpresa para una víctima que está sufriendo desde el inicio de la ejecución un intento de homicidio que el autor coja un cuchillo o utilice cualquier otro medio para acabar con su vida. Lo que en realidad ha sucedido es que pudiendo la víctima desplegar una defensa no ha logrado en el caso concreto ejercerla (por ejemplo evitando entre otras cosas que Jenaro sacara su cuchillo de la cintura), de ahí que Jenaro haya logrado vencer sus defensas y acabar con su vida.

Si la alevosía sobrevenida representa un supuesto imposible, en cambio considero posible el caso opuesto³²⁰, estudiado por GIMBERNAT ORDEIG³²¹, de una “alevosía decaída”, es decir, aquel caso en que el autor comienza empleando una modalidad que desconecta las posibilidades de defensa de la víctima, pero a pesar de ello fracasa en su intento de ataque, con lo que la víctima ya apercibida recupera su capacidad de defenderse, siendo entonces cuando el autor consigue finalmente su objetivo³²². Que este caso merece ser calificado de alevoso no debe admitir duda desde que sucede aquí aquello que no ocurría en la alevosía (supuestamente) sobrevenida, es decir, en este caso el autor efectivamente en su primer intento, aunque fracase, elimina la capacidad de defensa de la víctima. De este modo la dificultad del supuesto no se encuentra tanto en decidir si es o no alevoso, sino más bien en cómo conjugar una

³²⁰ Sobre ambos casos llamó ya la atención QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, I Infracciones contra la persona en su realidad física*, ob. cit., pág. 255: «Casi ninguna cuestión especial provoca el tema del *iter criminis* en el delito de asesinato [...] Sí las ofrecen en cambio, bien arduas e interesantes por cierto, las interrupciones de la acción no precisamente en su dinamismo, sino en su naturaleza jurídica. Lo que puede suceder en una doble hipótesis, la de una acción inicialmente merecedora de la calificación de asesinato pero transmutada en su curso en otra final de homicidio, y la contraria de homicidio inicial convertido finalmente en asesinato».

³²¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Tomo 20, Núm. 1-2, 1967, págs. 195 y ss.

³²² Evidentemente no basta que la víctima se aperciba del segundo ataque sino que debe recuperar de manera real su capacidad de defensa frente a él. De ahí que con razón diga MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte especial*, ob. cit., pág. 48: «[...] la modificación de la situación de la víctima sólo puede influir en la calificación de alevosía en el caso en el que la situación alevosa originaria haya cambiado sustancialmente, no cuando sigue existiendo la misma situación de indefensión (el que una persona desarmada a la que se va a matar por la espalada se vuelva, carece de trascendencia a los efectos de seguir considerando que existe alevosía)».

primera tentativa alevosa, que ha tenido lugar y no puede desconocerse, con la consumación posterior del ataque que, sin embargo, no es alevosa³²³.

Por otra parte el Tribunal Supremo suele apreciar en estos casos donde la víctima recupera la capacidad de defensa meramente un homicidio. Así STS 3793/2011 de 3 de junio en la que la víctima es atacada mientras duerme pero finalmente puede defenderse³²⁴: «El Tribunal de instancia rechaza la alevosía señalando que el acusado, al

³²³ La solución correcta para este caso según GIMBERNAT ORDEIG, «El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio», ob. cit., pág. 202, es la del concurso ideal entre tentativa de asesinato y homicidio consumado: «En mi opinión, la aplicación del concurso ideal ofrece la solución correcta. a) Correcta en su fundamentación, porque en el ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio, estamos ante una acción (cfr. supra III 1 a) que constituye dos delitos (asesinato frustrado y homicidio consumado) y cuyo desvalor sólo queda agotado teniendo en cuenta los dos aspectos de su reprochabilidad (cfr. supra III 2 a). Estamos, pues, ante un caso paradigmático de concurso ideal». De acuerdo con esta solución: PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 236: «De las dos opciones restantes (concurso real o ideal de delitos), GIMBERNAT ha demostrado, con argumentos convincentes, que la correcta es, si al intento alevoso sucede inmediatamente (no, por ejemplo, varios días después) el acto que produce la muerte, la de *concurso ideal*, pues el hecho, aunque susceptible de valoraciones distintas, es uno solo en el sentido del art. 77»; GRACIA MARTÍN, Luis, en *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, ob. cit., pág. 139: «El autor, inopinadamente (alevosía) sacó una pistola e intentó matar a la víctima; más al no acertar en el blanco, la víctima, al oír los disparos se volvió hacia el autor, quien realizó un nuevo disparo mediante el que produjo la muerte de aquella [...] La solución correcta de estos casos, acogida por la doctrina dominante, a partir de la propuesta de Gimbernát, es la de condenar por un concurso *ideal* de delitos entre asesinato frustrado (alevosía) y homicidio doloso consumado»; ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, ob. cit., pág. 88: «Así, quien intenta un asesinato con alevosía (completa al inicio de los hechos) sin que se logre producir la muerte del sujeto pasivo, y acto seguido, ya sin la circunstancia calificativa, causa la muerte de aquél (la acción comienza como asesinato y termina como homicidio). Es sustentable la posición de que debe ser castigado por un concurso ideal de delitos entre asesinato en tentativa —acabada— y homicidio consumado, ambos dolosos». Sin embargo, críticos con esta solución: CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 83: «Cuestión diferente es la calificación que merece la conducta de quien intenta un asesinato, sin que se produzca la muerte y, a continuación, ya sin la concurrencia de la circunstancia, el autor mata a la víctima, esto es, la acción comienza como asesinato y termina como homicidio: lleva razón GIMBERNAT cuando propone la solución del concurso de delitos entre asesinato frustrado (ahora tentativa acabada) y homicidio consumado, si bien y puesto que se habrán producido dos hechos diferentes, estaremos ante un concurso real no ideal, como cree este autor. Siempre claro, que haya existido un lapso considerable de tiempo entre ambos hechos, pues si no habrá un solo delito»; CASTELLÓ NICÁS, Nuria, «El asesinato y sus circunstancias», ob. cit., págs. 32: «si la conducta se inicia alevosamente y termina siendo un homicidio porque el autor mata a la víctima sin la concurrencia de la circunstancia, la solución del concurso de delitos obliga nuevamente a una pena superior a la del simple homicidio o asesinato, cuando realmente se ha lesionado una sola vida». A mi juicio la dificultad para admitir la solución de concurso ideal de GIMBERNAT ORDEIG es la siguiente: para aplicar el concurso ideal se considera que hay una única acción, pero para apreciar el distinto desvalor de los dos delitos que concurren (asesinato tentado y homicidio consumado) se tiene que acudir a dos acciones; una en la que se intenta matar con alevosía (tentativa de asesinato) y otra en la que se mata sin alevosía (homicidio consumado). Dicho en otros términos, se toma dos veces en cuenta lo circunstancial (la alevosía de la primera acción y la no alevosía de la segunda), pero no dos veces lo sustancial (dos acciones de disparar).

³²⁴ Véase también STS 3379/2011 de 13 de mayo que a pesar de considerarse por el Tribunal un supuesto caso de alevosía sobrevenida es en realidad un caso de alevosía decaída donde tampoco se aprecia la alevosía: «En efecto, en el *‘factum’* de la sentencia recurrida se expone lo siguiente: ‘... al ver a Mercedes

sujetar a la víctima con un brazo y una mano por la cintura, la despertó y pudo iniciar una acción de defensa a la agresión de su marido y ciertamente, por motivos que no responden a la lógica de una agresión que se pretende alevosa, el acusado provocó con su acción que la víctima se despertase y pudiese rechazar un ataque que hubiera podido acabar con su vida, como igualmente se defendió de reiteradas agresiones que perseguían ese mismo fin. Por todo ello queda bien patente el ánimo homicida pero no puede apreciarse la agravante de alevosía que se postula por la acusación particular recurrente». Aunque también es posible encontrar alguna sentencia donde reconoce la posibilidad de una alevosía decaída. Ejemplo es la STS 3255/2013 de 19 de junio: «La Sala sentenciadora excluye la alevosía *‘pues la víctima pudo evitar la segunda embestida y con ello el segundo atropello al poder reaccionar ante la presencia del coche que le había [sic] dado un primer golpe y agarrándose a la barandilla del puente pudo levantarse y huir a pedir ayuda a una oficina cercana, esto es, tuvo algunas posibilidades de defensa y si el procesado hubiera querido podría haberle causado lesiones más graves pues en el primer impacto la víctima estaba desprevenida y a su merced’*. Pero con esta argumentación la Sala de instancia reconoce la concurrencia de alevosía [sic], en el primer impacto (único que en realidad se produjo), y que es cuando se ocasionaron las lesiones objeto de condena, al afirmar expresamente el Tribunal sentenciador que en ese momento la víctima estaba desprevenida y a merced del acusado. La argumentación empleada incurre en un error jurídico, pues solo podría tener algún sentido en caso de apreciar la acción en su conjunto como tentativa de asesinato, tal y como hacía el Fiscal en su acusación, pero al calificar exclusivamente los hechos

en el interior de la peluquería entró en el local; Mercedes se levantó al ver entrar a Juan Manuel, pero éste la cogió por el cuello, la tiró al suelo, le dio un puñetazo en la cara y la tiró a un sofá. Ángela salió de la peluquería y gritó pidiendo ayuda, entrando inmediatamente el propietario de una frutería vecina, Alfonso, tras lo cual Juan Manuel sacó un cuchillo que portaba en un bolso y estando en el sofá de frente a Mercedes, con la intención de matarla, le asestó por lo menos cuatro cuchilladas que le alcanzaron el tórax, el abdomen y los brazos’. Y en la fundamentación se añade lo siguiente: ‘...cuando Mercedes estaba en el sofá, antes del acuchillamiento, había entrado ya en el local el frutero vecino, que si bien no reaccionó dijo que estaba a un metro...’. A tenor de lo que antecede, es claro que, tal como se argumenta en la sentencia de instancia, tras descartarse que en este caso pudiera concurrir la alevosía sorpresiva genérica con respecto a la acción homicida, tampoco se aprecia la alevosía sobrevenida, puesto que, en efecto, además de haber transcurrido cierto tiempo entre el inicio de la agresión con las manos hasta que el acusado extrajo el cuchillo, ha de sopesarse también que, tal como se expone en los hechos probados, en el momento de ejecutar la agresión del cuchillo ya se encontraba delante un vecino de la zona, que había sido llamado por la encargada del local de peluquería. Por lo cual, la situación de indefensión que pudiera darse en un primer momento se había ya transformado de forma sustancial, tanto por la desaparición de la situación de sorpresa inicial como por la ayuda que ahora podía prestar a la agredida el vecino que se hallaba delante».

por las lesiones ocasionadas en el atropello inicial, es necesario tomar en consideración que dicho atropello se produjo de un modo manifiestamente alevoso»³²⁵.

ii) La eliminación de la defensa del ofendido

El segundo elemento que completa la descripción de la *forma* de comisión alevosa se identifica con la eliminación de la defensa. A ésta se refiere el artículo 22.1 en su cierre con la siguiente fórmula: «sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido». La relación de esta cláusula final con el resto del artículo permite al menos tres maneras distintas de ser entendida. En primer lugar, la interpretación tradicional y casi unánime de nuestra doctrina ha creído que la fórmula “sin el riesgo” forma parte de la *tendencia* a que se alude en el 22.1³²⁶. Así, según esta interpretación los “medios, modos o formas” *tienden* al doble objetivo de

³²⁵ Otro caso de alevosía decaída donde se apreció alevosía es la STS 2892/211 de 25 de abril cuyo hechos probados son los siguientes: «Tras este hecho, el procesado se dirigió hacia Bernardo, quién salía de la consulta del dentista y se dirigía a su domicilio, y cuando se encontraba a una distancia aproximada del mismo de unos 12 metros, de manera inesperada y sin que el mencionado Bernardo pudiera percatarse, le disparó con su carabina, rozándole levemente la bala su pómulo derecho. Tras esto, continuó el acusado persiguiéndole y disparándole, escondiéndose el citado Bernardo entre los coches que se hallaban estacionados en la calle, hasta que, escondido tras una furgoneta blanca, pudo desde ahí coger al acusado por los pies, tirarlo al suelo y, abalanzándose sobre él, quitarle el arma, huyendo entonces el acusado. Como consecuencia del disparo Bernardo sufrió una herida que requirió de una asistencia facultativa y que tardó en curar seis días, de los que uno estuvo impedido de sus ocupaciones habituales».

³²⁶ CAMARGO HERNÁNDEZ, Cesar, *La alevosía*, ob. cit., pág. 46: «Por lo tanto, el culpable ha de tender a la obtención de los dos fines siguientes: el aseguramiento de la ejecución y la indefensión de la víctima». ALTÉS MARTÍ, Miguél Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 145: «En resumen, el elemento teleológico es uno y consiste: en conseguir la eliminación del riesgo, procedente de la defensa que pudiera hacer el ofendido, para así asegurar la ejecución». MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 69: «Es, por tanto, la ‘intención’ del agente ‘encaminado’ y ‘ordenando’ los medios, modos y formas de ejecución a los fines de aseguramiento y de indefensión, lo que integra el aspecto subjetivo de la agravante [...]». PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 199: «En la forma en que se expresa la definición de la alevosía parece que la tendencia ha de ser doble: al aseguramiento de la ejecución y también al aseguramiento de la persona del agente frente al riesgo procedente de la defensa». CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, ob. cit., pág. 700, para quien la alevosía consiste «en el empleo de medios, modos o formas de ejecución que tiendan a asegurarla y a evitar los riesgos dimanantes de la posible defensa de la víctima». GRACIA MARTÍN, Luis, en *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, ob. cit., pág. 107: «Bastará con que utilice medios, modos o formas de ejecución, que le vienen ya previamente dados y organizados, con los fines de asegurar la ejecución e impedir una reacción defensiva de la víctima». SANVICENTE SAMA, Alejandro, «Investigación del concepto jurisprudencial de la alevosía», en *Revista General de Derecho*, Año VI, Núm. 65, Febrero, 1950, pág. 77: «Como en la Ley penal no se hace una enumeración de los medios, modos o formas que merezcan la calificación de alevosos, bastará para reputarlos como tales que el agente los utilice con la doble finalidad que se indica en el concepto que estamos examinando; esto es, asegurar, por una parte, la acción del ofensor y eludir, por otra, el riesgo que para él proceda de la posible ofensa del ofendido. Se trata, pues, repetimos, de una fórmula general en la que se comprenderá todo medios, utilizado por el agresor, que tenga la doble finalidad expuesta».

a) asegurar la ejecución y b) eliminar el riesgo de la defensa del ofendido. Frente a la solución dominante SEGRELLES DE ARENAZA ha sostenido la alternativa de que la cláusula “sin el riesgo” se conecta directamente con la expresión «el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas» que aparece inicio del artículo³²⁷, de modo que el 22.1 se lea en el sentido de que el autor alevoso comete el delito contra las personas sin el riesgo que surge de la defensa del ofendido. Por último, quiero defender una tercera interpretación todavía posible. El cierre del artículo está vinculado a los “medios, modos o formas”, en el sentido de que la cláusula “sin riesgo” define la naturaleza de los “medios, modos o formas” mencionados anteriormente en el 22.1, informándonos de que lo característico del empleo de tales “medios, modos o formas” alevosos consiste en eliminar el riesgo procedente de la defensa del ofendido.

Esta tercera postura se apoya, antes que positivamente en sí misma, negativamente en una lectura crítica de las dos primeras interpretaciones. En cuanto a la postura tradicional, la dificultad para su aceptación se encuentra precisamente en el hecho de haber vinculado la falta de riesgo a la noción de “tendencia”. Esta noción —independientemente de que se interprete bien objetivamente como idoneidad de los «medios, modos o formas» o bien subjetivamente como intención del autor— conduce a considerar la eliminación del riesgo de defensa no como un hecho objetivo dado en la realidad, sino como una mera finalidad³²⁸ no necesariamente realizada. Si el artículo 22.1 estuviera diciendo que existe alevosía cuando los medios o el sujeto *tienden* a eliminar el riesgo de la defensa del ofendido, entonces sería innecesario para la apreciación de la agravante acreditar la eliminación del riesgo como un hecho real objetivo; bastaría con que medios o sujeto *tendieran* a esa eliminación, aunque

³²⁷ SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 868: «[...] doctrina y jurisprudencia deducen que ‘tiendan’ afecta también a la ausencia de riesgo, lo que viene a ser lo mismo que decir: ‘empleando medios... que tiendan directa o especialmente a asegurarla (y también tienen a lograr una situación) sin el riesgo que para su persona...’. La segunda posibilidad, que a pesar de que hasta ahora no se había esbozado me parece la correcta, consiste en que la cláusula ‘sin riesgo’ conecta directamente con el delito al que acompaña y del que depende, tal como señala la primera parte del artículo 22.1 C.p., de la siguiente manera: ‘Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas... sin el riesgo que para su persona...’».

³²⁸ ORTEGA Y GASSET, José, «Del Realismo en pintura», en *Obras Completas de José Ortega y Gasset*, Tomo I (1902-1916), Edit.: Revista de Occidente, 7ª edición, Madrid, 1966, pág. 566: «Porque tendencia es impulso desde lo presente hacia lo que aún no existe sobre la tierra, hacia lo que aún no existe más que en la mente de unos cuantos. Las tendencias tienden siempre hacia ideas, de lo real hacia lo ideal. Hacia la realidad no se puede tender, porque está allí donde estamos».

efectivamente ésta no se produjera. Esto ocurre porque, como bien se ha visto³²⁹, el artículo 22.1 se refiere literalmente a «medios, modos o formas que tiendan (directa o especialmente) a asegurarla [la ejecución]», pero no exige que efectivamente la ejecución se asegure, es decir, se produzca el resultado. Si dentro de esa tendencia junto al aseguramiento de la ejecución incluimos la eliminación del riesgo de defensa, entonces ya no resultará necesario para la concurrencia de alevosía que se elimine realmente el riesgo de defensa, sino simplemente el tender a hacerlo. Sin embargo, es posible explicar por qué el aseguramiento (producción del resultado) pertenece a la tendencia, mientras que la eliminación debe constatarse como un hecho objetivo. Porque en la alevosía se castiga un modo de asegurar o ejecutar el delito consistente en eliminar la defensa, este modo, esta eliminación debe ser objetiva, debe efectivamente darse. En cambio que se asegure la ejecución del delito (producción del resultado) no se castiga en el 22.1 sino en el correspondiente tipo de los delitos contra la vida, de ahí que en la alevosía no se exija que la ejecución sea segura y que por tanto la producción del resultado sea un hecho objetivo efectivamente dado, sino que basta con que la comisión alevosa sea un modo de encaminarse o dirigirse a dicha producción, lo que por otra parte explica que pueda apreciarse, como hace frecuentemente el Tribunal Supremo, un asesinato alevoso en tentativa³³⁰. En definitiva, la interpretación tradicional no tiene razón porque el artículo 22.1 no describe la mera tentativa de cometer delitos alevosamente, sino una efectiva comisión alevosa, y una comisión efectivamente

³²⁹ De manera más detallada se estudiará este tema cuando se trate del elemento material del aseguramiento de un delito contra las personas, por ahora baste con citar un par de autores. CAMARGO HERNÁNDEZ, César, *La alevosía*, ob. cit., pág. 46: «Es de hacer notar, como dice GROIZARD, que el Código no habla de medios que aseguren, sino de medios que tiendan a asegurar». FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código Penal, Tomo I*, Edit.: Sucesores de Nogues, 1ª edición, Murcia, 1946, pág. 337: «Si el autor tiende con los medios empleados a asegurar la ejecución del delito sin riesgo para su persona proveniente de la defensa que pudiera hacer el ofendido, ello basta para estimar la alevosía, aunque la situación real sea la de ser insegura la ejecución y la de que la víctima está en condiciones de defensa».

³³⁰ STS 3550/2010 de 8 de junio; STS 7333/2010 de 22 de diciembre; STS 7369/2010 de 22 de diciembre; STS 2049/2011 de 6 de abril; STS 2853/2011 de 16 de abril; STS 2892/2011 de 25 de abril; STS 3340/2011 de 12 de mayo; STS 5631/2011 de 18 de mayo; STS 3102/2011 de 19 de mayo; STS 3886/2011 de 22 de mayo; STS 3781/2011 de 23 de mayo; STS 3339/2011 de 23 de mayo; STS 6679/2011 de 4 de octubre; STS 7285/2011 de 17 de octubre; STS 7290/2011 de 2 de noviembre; STS 7699/2011 de 11 de noviembre; STS 7993/2011 de 25 de noviembre; STS 5332/2012 de 4 de julio; STS 8315/2012 de 18 de diciembre; STS 347/2013 de 25 de enero; STS 4775/2013 de 8 de octubre; STS 1458/2014 de 2 de abril; STS 1465/2014 de 16 de abril; STS 2097/2014 de 12 de mayo; STS 2243/2014 de 21 de mayo; STS 3569/2014 de 24 de septiembre; STS 5170/2014 de 21 de noviembre; STS 843/2015 de 10 de febrero; STS 677/2015 de 25 de febrero; STS 976/2015 de 10 de marzo; STS 2446/2015 de 4 de mayo; STS 2719/2015 de 7 de mayo.

alevosa exige que se actúe eliminando la defensa, y no que se tienda a eliminar la defensa, sin que quizá luego en realidad se elimine.

La interpretación de SEGRELLES DE ARENAZA resulta igualmente rechazable. En su caso la fórmula “sin el riesgo” queda conectada a la comisión de un delito contra las personas, de manera que el artículo 22.1 vendría a exigir que el autor cometa un delito contra personas sin que exista ningún riesgo de defensa del ofendido. Evidentemente la razón para criticar esta postura es diferente, porque en este caso la falta de riesgo no se interpreta como un elemento tendencial, sino como un hecho objetivo que acompaña a la comisión del delito. Pero la objeción aparece en no relacionar el hecho objetivo de la falta de defensa con el empleo de «medios, modos, o formas» por parte del autor. Porque cuando el artículo 22.1 describe la comisión alevosa está precisamente describiendo una forma de cometer el delito que causa la indefensión de la víctima, y no meramente el hecho objetivo de no darse la defensa, hecho que podría originarse en causas al margen del modo de comisión del delito³³¹. Si esta interpretación fuera acertada se podría llegar al resultado de calificar como alevoso el supuesto de quien sin emplear ningún medio para anular la defensa mata a una víctima que ha renunciado a defenderse, dado que aquí la comisión del asesinato se vio asegurada sin el riesgo de la defensa. Como esta consecuencia no parece aceptable, SEGRELLES DE ARENAZA admite que en este caso, a pesar de la ausencia del riesgo de defensa, no es posible la alevosía porque no concurre «el empleo de medios, modos o formas», es decir, debido a que no se han empleado medios *que provoquen la ausencia del riesgo de defensa*. Con esto se está reconociendo la vinculación del empleo de medios con la eliminación de la defensa, es decir, que los medios, modos o formas —no sólo tienden a asegurar la ejecución sino que además— son medios que eliminan la defensa: «Si el sujeto pudo defenderse y, voluntariamente, optó por no defenderse, ¿podemos imputar la ausencia de riesgo al agresor?, ¿o más bien podemos afirmar que este requisito de la alevosía ha podido ser provocado por el propio sujeto pasivo del delito que —al menos en cierta medida— al no querer defenderse ha consentido la formación de la agravante? La respuesta creo que pasa por el siguiente análisis: si el medio de defensa que pudo haber empleado, pero

³³¹ En este sentido DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., «Artículo 22.1», ob. cit., págs. 808 y s., quien a pesar de considerar que «no existe impedimento legal para mantener esta postura», admite que con ella «paradójicamente, los clásicos y rechazables supuestos de alevosía objetiva encontrarían en principio perfecto acomodo en esta tesis».

voluntariamente no empleó, pudo haber causado riesgo al sujeto activo se podrá afirmar la ausencia de riesgo, pero no concurrirá el ‘empleo de medios, modos o formas’ requeridos y, en consecuencia, habrá que rechazar la alevosía»³³².

La tercera interpretación parece la más correcta en razón a lo criticable de las anteriores; la primera se equivoca en tomar la falta de defensa como un objeto de la tendencia en lugar de como un hecho objetivo, y la segunda desconoce que la ausencia de defensa debe causarse por el empleo de medios, por lo que mejor que “ausencia” debiera denominarse “eliminación de la defensa”. Pero también desde sí misma puede defender su corrección. La fórmula “sin el riesgo” sirve para completar la descripción típica de la forma de comisión alevosa. El legislador en el artículo 22.1 no puede contentarse con establecer que la modalidad alevosa consiste en emplear «modos, medios o formas» en la ejecución para asegurarla, sin a su vez caracterizar a esos concretos «modos, medios o formas»; se trata de aquellos que empleados por el autor en la ejecución permiten que se desarrolle «sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido».

Si hasta aquí nos hemos ocupado de la relación que la fórmula “sin el riesgo” guarda con el resto del artículo 22.1, conviene ahora tratar de determinar en qué relación interna se encuentran los dos elementos de que se compone esta fórmula. Cuando se examina el texto «sin el riesgo que para su defensa pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido», es fácil deducir que estos dos elementos son por una parte el *riesgo* para la persona del autor y por otra la *defensa* por parte del ofendido. En cuanto a la relación existente entre ambos elementos, hay que decir que aunque aquí se ha venido defendiendo, en cierta manera, su asimilación, SEGRELLES DE ARENAZA ha advertido de la falta de rigor que se produce a veces en los autores y la jurisprudencia cuando confunden la indefensión de la víctima con la ausencia de riesgo para el autor³³³. En cierta manera el equivoco, si existe, sería a primera vista perfectamente comprensible, pues de una parte parece que si la víctima está indefensa no se da riesgo para el autor

³³² SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 883.

³³³ SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 869: «[...] es necesario hacer una matización que si bien se da por supuesta en la mayoría de las ocasiones conviene aclarar: a veces los autores y la jurisprudencia se refieren a la indefensión de la víctima cuando en realidad quieren significar la ausencia de riesgo que proceda de la defensa de dicha víctima, lo que no es problemático, siempre que se sepa. Los problemas aparecen cuando esa falta de rigor comienza a ser considerada como la correcta interpretación, porque se tergiversa la Ley».

que exige el 22.1, y de otra inversamente que si no existe el riesgo exigido por el 22.1 es porque la víctima está indefensa. Al menos ésta parece la perspectiva del artículo 22.1 de identificar *riesgo* y *defensa*, pues según su texto no le interesan otros riesgos que no sean los que proceden de la defensa de la víctima. Sin embargo, SEGRELLES DE ARENAZA no piensa que sea así; cree que la ausencia de riesgo procedente de la defensa de ningún modo excluye que la víctima pueda defenderse, sino que lo que la ley pretende en realidad es que dicha defensa aunque exista no pueda causar un riesgo a la persona del agresor³³⁴. Por este motivo, para SEGRELLES DE ARENAZA, «lo importante en el último inciso del párrafo segundo del artículo 22.1 del C.p. no es la ‘defensa’, sino la ausencia de riesgo (‘sin riesgo’)³³⁵, de ahí que no pueda deducirse que el objetivo de la alevosía y, en consecuencia, del actor, haya de ser la indefensión de la víctima³³⁶. El problema de este planteamiento está en que aunque se aceptara que la ausencia de riesgo constituye el componente fundamental, éste está indisolublemente unido al elemento de la defensa, pues, como hemos dicho, mientras exista posibilidad de defensa se podrá causar un riesgo en el sentido en que lo quiere el 22.1 (procedente de la defensa de la víctima), y sólo cuando no la haya no existirá ese riesgo. En este sentido *riesgo* y *defensa*, como las dos caras de una misma moneda que no se dan una sin la otra, son asimilables. La única manera de que no lo fueran, y de que, entonces, aunque existiera defensa de la víctima pudiera no haber riesgo para el autor, sería utilizar una acepción de defensa no agresiva, que no conllevara riesgo alguno para el atacante. Esta acepción es la que justamente pretende hacer valer SEGRELLES DE ARENAZA al admitir que «la defensa puede ser tanto activa como pasiva (en terminología alemana: ‘meramente defensiva’ o ‘protectora’ y ‘defensa agresiva’ o ‘contraataqué’)³³⁷. Sin embargo, es evidente que la defensa no agresiva no es a la que se refiere el 22.1, y no lo es porque este artículo habla de una defensa de la que pudiera proceder un riesgo para el atacante, cosa que no ocurre con la defensa meramente defensiva, que se caracteriza por no generar riesgo alguno para el atacante. Así lo ha interpretado igualmente la jurisprudencia que considera que la mera existencia de una defensa pasiva por parte de la víctima no excluye la concurrencia de la circunstancia del artículo 22.1, confirmando

³³⁴ SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 870.

³³⁵ SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 870.

³³⁶ SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., págs. 869 y s.

³³⁷ SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 870 nota al pie 146. El paréntesis que se abre en la cita, queda sin cerrar en el texto original.

de este modo que la defensa que se debe eliminar conforme a este artículo es la activa o agresiva: «La defensa que ha de confrontarse para evaluar el grado de desvalimiento del ofendido no es la meramente pasiva (correr u ocultarse de la línea de fuego), sino la activa, procedente de los medios defensivos con los que cuente. Llegar a otras conclusiones nos llevarían al terreno del absurdo. Así, quien viéndose acometido mediante los disparos de un arma de fuego, se tira al suelo, se esconde detrás de un coche o de un árbol, por ejemplo, echa a correr en *zig-zag*, no se defiende, en el sentido a que se refiere el art. 22.1^a del Código penal (*‘sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido’*), sino que lo único que hace es protegerse ante el acometimiento de su agresor. Una cosa, pues, es la defensa del ofendido, y otra, la actividad de mera protección del mismo. Dicha protección no puede ser considerada, en el sentido legal dispuesto, como defensa del ofendido, pues —desde luego— que para nada compromete la integridad física de aquél, ni le pone en ninguna clase de riesgo»³³⁸.

³³⁸ STS 922/2010 de 22 de enero y STS 3106/2012 de 30 de abril (esta última sentencia citada a su vez por la STS 239/2014 de 29 de enero). Además véase STS 3545/2010 de 16 de junio: «Tiene razón el Fiscal, además, cuando recuerda que la supuesta existencia de lesiones de defensa en la víctima, que no son mencionadas en la sentencia, en nada desmerece la apreciación de la alevosía, pues de existir, responderían a un lógico instinto de supervivencia que le habría llevado a mover los brazos o las manos para resguardar del acometimiento una zona vital como es la cabeza»; STS 5913/2011 de 15 de julio: «[...] la alevosía no se excluye en casos de intento de defensa, cuando es funcionalmente imposible, y se debe a la reacción instintiva de quien no tiene escapatoria frente a la eficacia de un ataque ejecutado sobre seguro»; STS 9339/2011 de 30 de diciembre: «En todo caso, como recordábamos en la Sentencia antes citada, la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato (art. 139.1^a) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1^a), radica en la inexistencia de posibilidades de defensa por parte de la persona atacada, aunque es compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación»; STS 1131/2012 de 22 de febrero : «es reiterada la doctrina de la Sala que tiene declarado que por lo que se refiere a la *defensa pasiva de la víctima*, entendiendo por ello la que hace la víctima para como consecuencia del natural instinto de conservación, tratar de autoprotegerse, lo que en el presente caso estaría constituido por el hecho de agarrar la pistola por el cañón —véase *factum*— momento en el que disparó el portador del arma, *en tales casos, decimos, es posible la aplicación de la alevosía porque tal acción defensiva no supone ningún obstáculo para que la acción del agresor se lleve a cabo sin riesgo para él*. En tal sentido, SSTs 743/2002 de 26 de Abril. Y en el mismo sentido, SSTs 1378/2004 de 29 de Noviembre para la que la alevosía *no* es incompatible con la existencia de *‘heridas de defensa’* en la víctima, como cubrirse con manos y brazos para eludir los golpes, o la STS 1472/2005 de 7 de Diciembre, y es que en tal escenario no existen posibilidades de defensa para la víctima, ni por tanto riesgo para el agresor»; STS 8430/2012 de 15 de noviembre y STS 239/2014 de 29 de enero: «La simple posibilidad abstracta de huida de la víctima no aumenta su capacidad de defensa»; STS 1458/2014 de 2 de abril: «Así pues, tampoco impiden la agravación las eventuales actuaciones defensivas de la víctima que, sin dirigirse a atacar al agresor, tiendan solamente a eludir el daño que se procura por éste»; STS 824/2015 de 12 de marzo: «Por eso, la defensa que ha de confrontarse para evaluar el grado de desvalimiento del ofendido, no es la meramente pasiva, como huir o esconderse del atacante, sino la activa que procede de los medios defensivos con los que cuente (STS 316/2012 de 30 de abril, 25/2009, de 22 de enero), de suerte que la eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima, ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible la alevosía con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación pero sin eficacia verdadera contra el agresor y la acción homicida. Este criterio se plasma en numerosas sentencias de este Tribunal Supremo,

En realidad —y esto confirma el fundamento propuesto en el primer capítulo para la circunstancia— la noción de defensa mencionada en el 22.1 es la propia de la legítima defensa recogida en el artículo 20.4 del Código penal³³⁹. La defensa autorizada en este último artículo como legítima no es la defensiva, porque por ejemplo que la víctima salga corriendo o se proteja interponiendo sus manos es algo que siempre está permitido sin necesidad de que exista ningún artículo al efecto. La defensa autorizada en el 20.4 en cambio es la agresiva, aquella que provoca un riesgo o incluso una lesión para la persona del atacante, riesgo o lesión que en general no están permitidos, y que por ese motivo necesitan la justificación especial del 20.4.

Entendida la defensa, según lo exige el artículo 22.1, como defensa agresiva (en el sentido del 20.4), aunque *riesgo* y *defensa* no sean conceptualmente idénticas —ambas nociones varían en su enfoque: lo que desde la perspectiva del autor es un riesgo desde la de la víctima es una defensa—, sí resultan, en cambio, asimilables en cuanto se co-implican mutuamente —eliminar el riesgo del autor implica siempre en función del 22.1 eliminar la defensa de la víctima y a su vez eliminar la defensa de la víctima implica recíprocamente eliminar el riesgo para el autor según lo quiere el 22.1—. SEGRELLES DE ARENAZA parece estar de acuerdo con esta co-implicación entre *riesgo* y *defensa (activa)* cuando afirma «si hay riesgo para la persona del ofensor será porque el ofendido utiliza una defensa activa, [pero la niega en parte al añadir] lo que no

como la ya citada de 22 de enero de 2009, en la que se dice que la defensa de la víctima no puede ser medida bajo parámetros de ocultamiento, o de la utilización de cualquier clase de parapeto en donde refugiarse. La defensa que ha de confrontarse para evaluar el grado de desvalimiento del ofendido no es la meramente pasiva (correr u ocultarse de la línea de fuego), sino la activa, procedente de los medios defensivos con los que cuente. Llegar a otras conclusiones nos llevarían al terreno del absurdo. Así, quien viéndose acometido mediante los disparos de un arma de fuego, se tira al suelo, se esconde detrás de un coche o de un árbol, por ejemplo, echa a correr en zig-zag, no se defiende, en el sentido a que se refiere el art. 22.1^a del Código penal (‘sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido’), sino que lo único que hace es protegerse ante el acometimiento de su agresor. Una cosa, pues, es la defensa del ofendido, y otra, la actividad de mera protección del mismo. Dicha protección no puede ser considerada, en el sentido legal dispuesto, como defensa del ofendido, pues —desde luego— que para nada compromete la integridad física de aquél, ni le pone en ninguna clase de riesgo. (STS de 19 de octubre de 2009). En la STS de 25 de enero de 2007 se insiste en que la jurisprudencia de esta Sala mantiene su interpretación de la agravante de alevosía del art. 139 CP definiéndola como el aprovechamiento de la indefensión de la víctima. La indefensión no es de apreciar sólo cuando el ataque ha sido súbito e inopinado, sino siempre que en la situación concreta el sujeto pasivo no haya podido oponer una resistencia eficaz al ataque. Esto ocurre por regla cuando los atacantes superan claramente en número a la víctima o cuando el atacante está armado y el sujeto pasivo está desarmado. La simple posibilidad abstracta de huida de la víctima no aumenta su capacidad de defensa (SSTS. 316/2012 de 30.4, 915/2012 de 15.11)».

³³⁹ De acuerdo CÓRDOBA RODA, Juan, en «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 270: «[...] obsérvese que la legítima defensa —a la que se refiere la última parte de la noción formulada en el art. 22.1— [...]».

significa que ésta siempre produzca aquel»³⁴⁰. Sin embargo, esta objeción parcial tampoco puede prosperar. SEGRELLES DE ARENAZA sostiene que no toda defensa activa produce un riesgo, pero la dificultad estriba en que para comprobar eso, si la defensa activa produce o no un riesgo, esa defensa se debería producir, pero ocurre en los casos de alevosía que esa defensa no tiene lugar porque el autor la elimina. Es decir, si el autor alevoso elimina la posibilidad de la defensa, ¿cómo será posible comprobar si la defensa produce o no un riesgo? El riesgo del que habla el 22.1 no es el que surge de una defensa materializada y efectiva, sino el que procede de la mera posibilidad de que la defensa exista, porque el artículo se refiere al riesgo que «pudiera proceder de la defensa» y no al que efectivamente proceda. De este modo la co-implicación se sigue manteniendo: siempre que la víctima puede defenderse, existe un riesgo para el autor, y cuando el autor elimina esta posibilidad, desaparece el riesgo.

De todo lo anterior se debe extraer la siguiente conclusión acerca de la eliminación del riesgo de la defensa: la “eliminación del *riesgo*” se puede de manera legítima nombrar en el marco del artículo 22.1 como “eliminación de la *defensa*”, pues con ello lo único que se hace es decir desde la perspectiva de la víctima (*defensa*) lo que antes se nombraba desde la perspectiva del autor (*riesgo*). Pero no sólo legítimo sino incluso más acertado, porque al decir “eliminación del riesgo” podemos estar nombrando diferentes riesgos para el autor, de los cuales al legislador sólo le ha interesado uno, el que procede de la defensa de la víctima. Así, si para SEGRELLES DE ARENAZA no era acertado hablar de “eliminación de la defensa” porque la defensa no siempre produce riesgo —lo que se ha tratado de refutar; la posibilidad de ejercer una defensa activa prevista en el 22.1 siempre conlleva un riesgo para el autor—, en cambio desde nuestro punto de vista lo desacertado es hablar de “eliminación de riesgo”, porque hay riesgos que no proceden de la defensa del ofendido, y sólo éste último es el requerido por el 22.1³⁴¹. De ahí que, pese a lo defendido por SEGRELLES DE ARENAZA,

³⁴⁰ SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 885 y s.

³⁴¹ Un buen ejemplo lo representa la STS 7174/2010 de 23 de diciembre donde se estima la alevosía a pesar de que el autor sufrió lesiones porque el riesgo de sufrirlas se originó en su propio comportamiento y no fue debido a la defensa de la víctima: «Invocando el art. 849,1º Lecrim, se ha denunciado indebida aplicación del art. 139 Cpenal, por no concurrir, se dice, los elementos integrantes de la alevosía. Al respecto se argumenta que de la acción criminal realizada por el acusado se siguió un riesgo para él mismo, materializado en las quemaduras que sufrió y de las que tardó 40 días en sanar [...] La primera objeción del que recurre es hábil pero no puede compartirse, porque —dice bien el Fiscal— el acusado sufrió consecuencias de su propia acción, pero no los efectos de una posible reacción defensiva de la víctima, que, una vez envuelta en llamas, es claro, no tuvo ninguna posibilidad, ni siquiera hipotética, de

haya que seguir manteniendo que el objeto principal de la alevosía sí es la eliminación de la defensa³⁴². En todo caso, de cara por último a las consecuencias prácticas, hacer del riesgo el componente fundamental de la alevosía conduciría a no pocos problemas a la hora de considerar alevosos los ataques suicidas. En efecto, en estos casos el autor no elimina los riesgos³⁴³ asociados a su actuar desde el momento en que asume que el atentado está ligado a su muerte; si por conseguir su objetivo acepta el riesgo máximo (muerte) poco le importará sufrir otros posibles riesgos *para él* procedentes de la

dirigirse contra él».

³⁴² La jurisprudencia ha estado de acuerdo con la postura aquí defendida. Así la STS 4545/1994 de 13 de Junio de 1994 al enumerar los elementos de la circunstancia: «2º.- Un elemento objetivo, que constituye la verdadera esencia de esta importante circunstancia agravatoria, consistente en que la agresión ha de hacerse de manera tal que elimine las posibilidades de defensa del agredido, lo que lleva como consecuencia inseparable (es la otra cara de la misma moneda) la inexistencia de riesgo para el ofensor que pudiera proceder del comportamiento defensivo del ofendido»; STS 5690/2005 de 29 de septiembre: «Hemos declarado reiteradamente que la alevosía tiene su núcleo esencial en la anulación de las posibilidades de defensa de la víctima»; STS 922/2010 de 22 de enero de 2010: «En último término, según la jurisprudencia, el núcleo de la alevosía, en cualquiera de sus modalidades, se encuentra en aniquilar las posibilidades de defensa»; STS 2268/2010 de 15 de marzo, STS 1867/2010 de 25 de marzo y STS 2901/2010 de 27 de abril: «Con esa doble dimensión [objetiva y subjetiva] que la convierte en mixta el punto esencial sobre el que convergen sus dos elementos está en la idea de falta de defensa, esto es de la anulación deliberada de la defensa de la víctima (SS 864/97, 13 de junio; 821/98, 9 de junio; 472/2002, 14 de febrero; y 730/2002, de 2 de noviembre)»; STS 3967/2010 de 29 de junio: «[...] el núcleo del concepto de alevosía se halla en una conducta que tiene por finalidad eliminar las posibilidades de defensa por parte del sujeto pasivo»; STS 7285/2011 de 17 de octubre: «Pues como ya dijera, entre tantas otras semejantes, la STS de 1 de Junio de 2006: *‘Hemos declarado reiteradamente que la alevosía tiene su núcleo esencial en la anulación de las posibilidades de defensa de la víctima [...]’*; STS 3899/2012 de 11 de mayo: «siendo el fundamento de la alevosía la inexistencia de posibilidades de defensa por parte de la persona atacada (STS núm. 244/2008, de 16 de mayo, entre otras)»; STS 1900/2013 de 8 de abril: «Como señalaba la STS núm. 1890/2001, de 19 de octubre, el núcleo de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa»; STS 4299/2013 de 16 de julio: «De acuerdo a nuestra [sic] jurisprudencia, por todas la STS de 1 de Junio de 2006, la alevosía tiene su núcleo esencial en la anulación de las posibilidades de defensa de la víctima»; STS 1465/2014 de 16 de abril, STS 2432/2014 de 10 de junio y STS 5083/2014 de 12 de diciembre (y prácticamente igual STS 5442/2014 de 26 de diciembre): «Respecto a la concurrencia de la alevosía en SSTs. 703/2013 de 8.10, 599/2012 de 11.7, 632/2011 de 28.6, se explica que la jurisprudencia viene aplicando la alevosía a todos aquellos supuestos en los que el modo de practicarse la agresión queda de manifiesto la intención del agresor o agresores de conectar [sic: cometer] el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir, la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito asesinato (art. 139-1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22-1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada»; STS 677/2015 de 25 de febrero, STS 825/2015 de 2 de marzo (sin citar el primer precedente) y STS 824/2015 de 12 de febrero: «En relación a la alevosía en SSTs. 838/2014 de 12.12, 703/2013 de 8.10, 599/2012 de 11.7, y 632/2011 de 28.6, hemos dicho que el Tribunal Supremo viene aplicándola a todos aquellos supuestos en los que por el modo de practicarse la agresión quede de manifiesto la intención del agresor del agresor de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato, (art. 139.1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada».

³⁴³ PAWLIK, Michael, «El terrorista y su derecho: sobre la posición teórico-jurídica del terrorismo moderno», ob. cit., pág. 143: «[...] al terrorista, cuya religión le asigna para el caso de su inmolación la corona de los mártires, se le ofrecen alternativas especiales de acción: ya señalaba Pufendorf que ‘el que no teme a la muerte, no teme nada’. No tiene por qué preocuparse de calcular riesgos o de su seguridad

defensa de la víctima. Sin embargo, este hecho no debería excluir la posibilidad de que el atacante suicida actúe alevosamente. En efecto, a pesar de su despreocupación por el riesgo puede eliminar la defensa de la víctima, e incluso se podría sostener que su despreocupación, este aceptar todo posible riesgo impide o al menos dificulta enormemente toda posibilidad de defensa de la víctima, pues poca o ninguna defensa cabe frente a quien no teme riesgo alguno para su vida, precisamente porque los ha aceptado todos; ¿cómo defendernos de quien lleva pegado al cuerpo un explosivo dispuesto para detonar?

Una cuestión vinculada con la anterior consiste en determinar cuál sea el tipo concreto de defensa eliminada en la comisión alevosa por el autor. Acerca de esta cuestión ya sabemos algo; que el 22.1 se refiere a la *posible* defensa *agresiva* de la víctima³⁴⁴, en cuanto que en el artículo se exige que la defensa pudiera (*posible*) causar

ante riesgos posibles, sino que puede concentrarse en alcanzar la meta de la máxima destrucción, entrando de esta manera en la ‘la forma probablemente más pérvida de inmoralidad’».

³⁴⁴ En ocasiones el Tribunal Supremo habla de una “defensa eficaz” que a fin de cuentas, en cuanto que opuesta a una defensa pasiva, viene a identificar, aunque no con la denominación, sí con la idea de una defensa agresiva o activa. Así STS 5111/2011 de 18 de julio: «No contradice tales conclusiones que la víctima intentara una cierta defensa que, además de no eficaz, en ningún caso se tradujo, ni cabía que se tradujera, en riesgo alguno para el agresor. La sentencia de instancia excluye la toma en consideración de la discutida agravante de alevosía por estimar que, pese a que la víctima ‘se encontraba tumbada’ y ‘sin advertir la presencia del cuchillo’ a ésta no ‘le resultaba imposible defenderse’, lo que proclama ante el dato de que tenía heridas ‘defensivas’ en la cara palmar del 3, 4 y 5 dedo de la mano derecha y que, además, incluso pudo emprender la ‘huida’ llegando a salir de la cama»; STS 7689/2011 de 10 de noviembre: «Asimismo señalábamos STS. 1190/2009 de 3.12, que el hecho de que la víctima levantara los brazos para intentar parar los golpes no es una verdadera reacción defensiva sino un simple reflejo instintivo, meramente pasivo y no generador de riesgo alguno para el agresor. En este sentido, en cuanto a la eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima, las SSTS. 13.3.2000 y 15.2.2005, nos dicen que debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación (STS. 653/2007 de 2.79. [sic: no cierra paréntesis]); STS 2039/2011 de 14 de abril, STS 5129/2011 de 28 de junio, 5144/2011 de 19 de julio, STS 1465/2014 de 16 de abril, STS 2432/2014 de 10 de junio, STS 5083/2014 de 12 de diciembre, STS 5442/2014 de 26 de diciembre, STS 677/2015 de 25 de febrero, STS 825/2015 de 2 de marzo, STS 824/2015 de 12 de marzo y STS 2446/2015 de 4 de mayo: «En cuanto a la ‘eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación’ (STS. 13.3.2000)»; STS 5144/2011 de 19 de julio, STS 7290/2011 de 2 de noviembre, STS 7689/2011 de 10 de noviembre, STS 5344/2012 de 11 de julio y STS 5442/2014 de 26 de diciembre: «Asimismo señalábamos STS. 1190/2009 de 3.12, que el hecho de que la víctima levantara los brazos para intentar parar los golpes no es una verdadera reacción defensiva sino un simple reflejo instintivo, meramente pasivo y no generador de riesgo alguno para el agresor. En este sentido, en cuanto a la eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima, las SSTS. 13.3.2000 y 15.2.2005, nos dicen que debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación (STS. 653/2007 de 2.7)»; STS 8430/2012 de 15 de noviembre: «Por eso, la defensa que ha de confrontarse para evaluar el grado de desvalimiento del ofendido, no es la meramente pasiva, como huir o esconderse del atacante, sino la activa que procede de los medios defensivos con los que cuente (véase STS 25/2009, de 22 de enero (LA LEY 1186/2009)), de suerte que la eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima, ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible la

un riesgo para la persona del autor (*agresiva*). No será necesario, sin embargo, que elimine también la posibilidad de una defensa puramente protectora, motivo por el cual la realización por la víctima de una defensa *no agresiva* no excluye la posibilidad de apreciar alevosía³⁴⁵. Esto evidentemente tampoco significa que cuando la víctima ejerce un defensa pasiva o protectora haya que estimar de manera automática alevosía, porque la cuestión relevante no radica en el tipo de defensa ejercida por la víctima, sino en si el autor le impidió o no ejercer una defensa agresiva: si la víctima se defendió

alevosía con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación pero sin eficacia verdadera contra el agresor y la acción homicida».

³⁴⁵ STS 2230/2011 de 30 de marzo: «Es cierto, como apunta el Fiscal, que el carácter alevoso no puede eludirse en términos generales, simplemente: a) por el hecho de haber existido un discusión o enfrentamiento previo entre acusado y víctima, porque con posterioridad puede reiterarse de improviso el ataque. En nuestro caso no se reiteró, sino que persistió el propósito de agredir desde el principio. b) por los movimientos de huida [sic] de la víctima, si se ha suprimido la posibilidad de defensa de ésta, cosa que no sucedió, sino hasta última hora. c) por los actos de defensa previos, en cuanto correspondan a la mera protección instintiva». Sin embargo, lo aquí declarado no parece coherente con lo que antes sostenido en esta sentencia: «la razón fundamental expuesta por la acusación particular de que las lesiones de las manos objetivadas en la víctima, calificadas pericialmente de defensivas, no lo son porque lo único que trataba la víctima era sujetar al acusado, no cabe obviar que tal actividad es plenamente defensiva, ya que mientras sujeta las manos el acusado se ve impedido de agredir». STS 3340/2011 de 12 de mayo: «Es claro que la alevosía apreciada en la agresión inicial no desaparece por el hecho de que la víctima pudiera escapar tras ser alcanzada por los primeros disparos. Por lo tanto, la agresión se ejecuta sin dar al agredido oportunidad alguna de efectuar acto alguno de defensa [activa, debería decir la sentencia, porque la pasiva (salir corriendo) se ejerció], lo cual justifica la apreciación de la alevosía»; STS 4302/2011 de 17 de junio: «Por lo demás, que el finado estuviese tapándose la cara, no neutraliza la indudable indefensión padecida en el momento de su óbito»; STS 2432/2014 de 10 de junio: «Y en cuanto a la existencia de lesiones en antebrazos lo que denota que la víctima pudo defenderse, lo que impediría la aplicación de la alevosía, es reiterada la jurisprudencia de esta Sala —STS. 106/2012 de 22.2— que tiene declarado que por lo que se refiere a la defensa pasiva de la víctima, entendiendo por ello lo que hace la víctima para como consecuencia del natural instinto de conservación, tratar de autoprotegerse, lo que en el presente caso estaría constituido por levantar los brazos para intentar evitar los golpes, en tales casos, decimos, es posible la aplicación de la alevosía porque tal acción defensiva no supone ningún obstáculo para que la acción del agresor se lleve a cabo sin riesgo para él. En tal sentido, SSTs 743/2002 de 26 de Abril. Y en el mismo sentido, SSTs 1378/2004 de 29 de Noviembre para la que la alevosía no es incompatible con la existencia de ‘heridas de defensa’ en la víctima, como cubrirse con manos y brazos para eludir los golpes, o la STS 1472/2005 de 7 de Diciembre, y es que en tal escenario no existen posibilidades de defensa para la víctima, ni por tanto riesgo para los agresores»; STS 2446/2015 de 4 de mayo: «En primer lugar, hemos de decir que por el hecho de que las víctimas vieran llegar a los agresores y que Indalecio Cornelio pudiera huir, no se descarta la alevosía en cuanto la sorpresa es la misma, se pueda o no huir, y la imposibilidad de defensa era patente, ya que el grupo era muy numeroso, iba armado, y Everardo Virgilio y Indalecio Cornelio nada pudieron hacer para defenderse, de modo que rodearon a Everardo Virgilio, menor de edad y le golpearon repetidamente en la cabeza continuando con la agresión cuando cayó al suelo aturdido y sin posibilidad de defensa más allá de cubrirse la cabeza con los brazos sufriendo las gravísimas lesiones que relata el *factum*». Sin embargo véase la STS 2853/2014 de 18 de junio: «Al tener la posibilidad de huir buscando el amparo en tercero es indicativo que el resultado letal no fue asegurado por los agresores como exige la alevosía. La víctima podía haber sido más ágil y rápida y haber impedido que los agresores le alcanzaran. Pero además en el trayecto, siendo en plena noche, pudo haberse escondido o haberse ayudado de terceros, que podía haber encontrado».

pasivamente, por ejemplo echando a correr o interponiendo las manos, pero el autor no le había quitado la posibilidad de defenderse activamente, no existirá alevosía³⁴⁶.

Para continuar estableciendo el tipo de defensa, dado que hemos dicho que ha de ser agresiva (: que conlleve un riesgo), podemos preguntarnos ahora qué clase de agresión o riesgo contenido en la defensa de la víctima debe impedir el autor. SEGRELLES DE ARENAZA se refiere a un «riesgo inmediato para la salud o la vida»³⁴⁷, justificándolo en el tenor literal del 22.1, que circunscribe la alevosía a delitos contra las personas frente a los cuales la víctima, viendo atacada su salud o su vida, debe responder en consonancia³⁴⁸. Sin embargo, quizá sin proponérselo, no se está invocando aquí tanto la literalidad del artículo 22.1, donde en ninguna parte se exige un ajuste entre la defensa de la víctima y el delito del autor, como el ejercicio de la legítima defensa del artículo 20.4. Esto confirma de nuevo la necesaria interpretación de la alevosía desde la figura de la legítima defensa. Quizá mejor que hablar de riesgos para salud o la vida del agresor, es decir que el riesgo contenido en la defensa y eliminado por el autor es todo aquel riesgo que se derivaría para el autor si la víctima pudiera ejercer legítimamente su defensa. El riesgo evitado por el autor alevoso es, en definitiva, el de sufrir todo aquello a lo que se estuviera legitimado frente a su ataque ilegítimo. Por tanto, podemos concluir, que el tipo de defensa eliminado por el autor no sólo es una defensa *posible* y *agresiva* sino además *legítima*. En realidad la legítima defensa ya contiene las notas de “posible” y “agresiva”, ya que en efecto otorga a la víctima la *posibilidad* de *agredir* al autor, pero añadiendo como tercera nota, que sea dentro del marco de lo autorizado para contrarrestar su ataque. De esta manera es (el ejercicio de) la legítima defensa el tipo de defensa que el autor impide a la víctima con su comisión.

³⁴⁶ STS 5298/2010 de 11 de octubre donde el Tribunal niega que se pueda inferir alevosía de la mera existencia de unas lesiones en la víctima provocadas por una defensa pasiva: «Las diversas lesiones causadas en el cuello de la víctima, con la completa sección de las arterias carótidas y yugular derecha, que le causaron la muerte, no son por sí mismas necesariamente denotativas de una agresión sorpresiva, puesto que —a diferencia de lo que sucede por ejemplo en una puñalada en la espalda— su localización y naturaleza es compatible con muy distintos modos de ataque, sorpresivos o no. Y el hecho de que también presentara lesiones en manos y muñecas en su fallido intento de defenderse del ataque cuando menos no avala la inferencia lógica de la sorpresa si ésta se pretende construir a partir de las lesiones causadas, como dato objetivo pericialmente probado».

³⁴⁷ SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 884.

³⁴⁸ SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 884: «[...] el tenor literal del texto creo que no permite otra posibilidad. A mayor abundamiento, al referirse el artículo 22.1 C.p. a los delitos contra las personas, contempla una situación en que el agredido pueda ‘reconvenir’ o conseguir causar lesión a la salud o vida de quien, a su vez, pretende hacerle lo mismo».

El último rasgo que caracteriza a la defensa eliminada por el autor alevoso viene determinado por su procedencia. Como es bien sabido, el artículo 20.4 permite ejercer la legítima defensa tanto en interés propio como en ajeno³⁴⁹. Sin embargo, el texto del artículo 22.1, al establecer que el riesgo eliminado es el «que pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido», restringe exclusivamente a la víctima el ejercicio de la legítima defensa relevante de cara a la circunstancia. Por la propia literalidad del texto, se acepta de manera prácticamente unánimemente en nuestra doctrina³⁵⁰ que lo decisivo

³⁴⁹ Al comienzo del artículo 20.4 del Código penal se dice literalmente: «El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos [...]»

³⁵⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, ob. cit., pág. 635: «Puesto que la ley exige que se tienda a evitar una posible defensa procedente del ofendido, no concurrirá alevosía por el hecho de que se evite una defensa proveniente de un tercero». CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, ob. cit., pág. 700: «[...] en el concepto legal de la alevosía se hace referencia a la finalidad de evitar los riesgos procedentes de la posible defensa de la víctima, pero no de terceras personas». GRACIA MARTÍN, Luis, en *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, ob. cit., pág. 108: «[...] como señala Antón Oneca, la regulación legal ‘ha aludido al riesgo procedente de la defensa de [sic] ofendido y no al dimanante de la defensa que pudieran hacer otras personas». CÓRDOBA RODA, Juan, «Artículo 22.1», ob. cit., págs. 270 y s.: «El riesgo a que la circunstancia primera del art. 22 se refiere, es el proveniente de la defensa que pueda hacer la víctima, según resulta del tenor de dicho precepto. Si se ha eliminado tal peligro, pero no el derivado de la defensa de terceras personas, deberá aplicarse la agravante. A esta conclusión conduce de forma inequívoca el texto legal y a ella ha llegado desde antiguo la jurisprudencia (sentencias de 20 de abril de 1904, 6 de julio de 1910, 28 de agosto de 1913 y 19 de mayo de 1914). El que dicha aplicación pueda ser injusta por gravar en exceso a quien se estima que no merece un incremento de la pena, es perfectamente opinable, pero no creemos que, dado el sentido legal del texto, quepa rechazar la aplicación de la agravante». CAMARGO HERNÁNDEZ, César, *La alevosía*, ob. cit., pág. 48: «Terminantemente declara el precepto legal que para que pueda ser apreciada esta circunstancia el agente ha de tender, sólo y exclusivamente, a eliminar la defensa que pudiera hacer el ofendido». FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código Penal, Tomo I*, ob. cit., pág. 340: «El riesgo contra el cual trata de precaverse el sujeto es el que pueda provenir de la defensa que pudiera hacer el ofendido. Tan terminante es la declaración legal en este sentido, que huelga demostrar la inexistencia de alevosía en aquellos supuestos en los que el agente lo que intente es eliminar el peligro para su persona, procedente de terceros que puedan acudir en defensa del agredido». ALTÉS MARTÍ, Miguél Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 145: «El Código penal al definir la alevosía, es categórico en esta materia pues habla ‘del ofendido’, con lo que al limitarla al mismo, excluye todo otro riesgo». MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 67: «Lo que importa es la eliminación del riesgo que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido. El que provenga o pueda provenir de la reacción de otras personas no es obstáculo para poder apreciar la agravante de alevosía». FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, *Homicidio y asesinato*, ob. cit., pág. 161 y s.: «[...] este riesgo personal que trata de eludir el agresor ha de provenir de la natural y legítima reacción de defensa del ofendido, y no de un extraño». CASTELLÓ NICÁS, Nuria, «El asesinato y sus circunstancias», ob. cit., pág. 13: «El riesgo que el autor trata de evitar es, según la propia definición de alevosía, el que pueda proceder de la defensa del ofendido y no el que provenga de terceras personas que pudieran acudir en defensa de la víctima». ÁLVAREZ GARCÍA, Javier, «Artículo 10.1», en Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / Luis RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), *Código Penal Comentado*, Edit.: Akal, Madrid, 1990, pág. 72: «[...] la Jurisprudencia es terminante al afirmar que, la aplicación de la agravante, no se desautoriza aunque existe posible reacción defensiva por parte de terceras personas —Sentencias de 20 de abril de 1904, 6 de julio de 1910, 28 de agosto de 1913, 19 de mayo de 1914, 31 de mayo de 1982 y 20 de junio de 1987—; interpretación jurisprudencial que considero acertada puesto que el Código Penal [de 1973] es terminante en la redacción de la circunstancia 1.ª del artículo 10 en la que alude únicamente al ‘ofendido’, lo que, a mi juicio, excluye cualquiera otra posibilidad interpretativa»; DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 809: «Sí existe acuerdo en la doctrina en señalar, en función del tenor legal, que el riesgo a que alude el precepto —y al margen de su vinculación o

para apreciar la alevosía reside en la eliminación de la defensa *de la víctima*, resultando por lo demás indiferente que el autor hubiera o no impedido que *terceras personas* ejercieran una defensa en interés de la víctima. Esta peculiaridad de la circunstancia ha llevado, entre otros, a CAMARGO HERNÁNDEZ a rechazar con toda razón la tradicional identificación de la alevosía con la idea de cobardía: «[...] al quedar limitada esta circunstancia a la evitación del riesgo que proceda solamente de la víctima, habrá forzosamente que apreciarla en el que asegure la ejecución del hecho y elimine la defensa del sujeto pasivo aunque éste esté rodeado de gente armada y dispuesta a la defensa, y el que ejecuta un delito en estas condiciones francamente entendemos que, no puede ser calificado de cobarde, y con arreglo al concepto legal, si [sic] ha de ser tenido por alevoso»³⁵¹.

no con los medios de aseguramiento— es el que nace de la defensa que pueda hacer la víctima, de tal modo que [...] si los medios utilizados son idóneos para eliminar este peligro, aunque no se asegure la ejecución frente a la intervención de terceros es aplicable la agravante». DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «La alevosía en el Código Penal de 1995», en *Delitos contra las personas*, Edit.: Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 296 y s.: «Problema que ha suscitado también cierto nivel de controversia es el de si cabe la aplicación de la alevosía cuando se anulan las [sic] posibilidad de defensa de la víctima pero no las de terceras personas que, a su vez, pueden defender al ofendido (escortas, por ejemplo). El criterio del Tribunal Supremo, mantenido, entre otras, en dos célebres sentencias que se referían a dos intentos de magnicidio sufridos por los reyes Alfonso XII y Alfonso XIII, ha sido siempre el de entender que la letra de la definición legal del art. 22.1.º sólo se refiere a la anulación de las posibilidades de defensa que provengan de la conducta de la víctima, de modo que aunque no se hayan anulado las posibilidades de defensa provenientes [sic] de la conducta que puedan realizar terceras personas, se debe aplicar la agravante. En mi opinión éste es el único criterio posible, por más que recientemente se haya puesto es cuestión, ya que la definición del Código penal no ofrece margen para sostener una alternativa diferente, por más que, como en su momento señaló CÓRDOBA RODA, ello sea injusto». En cambio en contra de la postura dominante PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 207: «La nueva redacción de la definición legal de la alevosía abre además unas posibilidades nada desdeñables para la extensión de la circunstancia en tales casos: si se interpreta la expresión ‘defensa *por parte* del ofendido’ en el sentido de *defensa efectuada en su favor o interés, aunque sea por terceros*, lo que es gramaticalmente posible, cabrían también admitir la alevosía en relación con ataques contra la vida de personas constitucionalmente indefensas cuando el sujeto utilice medios, modos o formas de ejecución que tiendan al aseguramiento sin riesgo personal y consistan precisamente en la neutralización de terceras personas dispuestas a intervenir en defensa de la víctima, como vienen admitiendo sin dificultad la doctrina y jurisprudencia alemanas».

³⁵¹ CAMARGO HERNÁNDEZ, César, *La alevosía*, ob. cit., pág. 48. Igualmente QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, I Infracciones contra la persona en su realidad física*, ob. cit., pág. 270 nota 24: «Quede bien sentada esta condición capital de indefensión exclusiva y activa del agredido (la S. 28-VIII-1913 declaró irrelevantes los riesgos derivados de personas extrañas). Restricción legal que, por cierto, desvirtúa no poco la tradición de cobardía implícita generalmente en el asesinato alevoso, pues la muerte inopinada de un magnate rodeado de sus guardias armados en pleno alarde de fuerza militar, no puede en buena lógica ser achacable a cobardía, a no ser en retórica periodística, pese a la posible estimativa de la alevosía». CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, ob. cit., pág. 700: «La alevosía implicará también generalmente cobardía, pero no es preciso que sea así, pues en el concepto legal de la alevosía se hace referencia a la finalidad de evitar los riesgos procedentes de la posible defensa de la víctima, pero no de terceras personas». GRACIA MARTÍN, Luis, en *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, ob. cit., pág. 108: «No me parece correcta, por otra parte, la tesis jurisprudencial de que la alevosía implica *necesariamente* cobardía pues, como señala Antón Oneca, la

Precisamente en los casos, similares al expuesto por CAMARGO HERNÁNDEZ, de las conocidas sentencias de los intentos de regicidio de Alfonso XII y Alfonso XIII³⁵², donde cada uno de los reyes se encontraba en cada caso acompañado de gente armada, la jurisprudencia reconoció también, al juzgarlos como alevosos, el carácter restringido de la defensa a la procedente de la víctima. Aunque es necesario señalar que en la jurisprudencia actual es identificable una tendencia a tomar en cuenta la intervención de terceros de cara a la estimación de la alevosía, como es muestra entre otras sentencias³⁵³ la STS 9339/2011 de 30 de diciembre: «En el mismo sentido nos pronunciamos en la STS de 13 de mayo de 2011 resolviendo el recurso 10856/2010, en la que también excluimos la agravación por alevosía porque *en el momento de ejecutar la agresión del cuchillo ya se encontraba delante un vecino de la zona, que había sido llamado por la*

regulación legal 'ha aludido al riesgo procedente de la defensa de [sic] ofendido y no al dimanante de la defensa que pudieran hacer otras personas».

³⁵² Se trata en concreto de la Sentencia de 27 de diciembre de 1887 con respecto al intento de regicidio de Alfonso XII, y la Sentencia de 28 de agosto de 1913 respecto al de Alfonso XIII.

³⁵³ STS 636/2010 de 28 de enero: «El acusado inicia la secuencia de golpes, que llevaron a la víctima al suelo, con sus propias manos y desencadena todo el episodio agresivo en un escenario en el que hay otras cuatro personas, cuya reacción Jose [sic] Augusto no tiene de antemano la garantía de poder controlar. Dicho con otras palabras, el acusado obra de forma ventajista, pero no segura»; STS 5298/2010 de 11 de octubre: «En segundo lugar la dinámica de la agresión aparece en el relato histórico como un ataque desarrollado en términos que implican cierto tiempo de mantenido forcejeo entre el agresor atacante y la víctima que intentaba defenderse, con la intervención incluso de un tercero —la madre de ambos— que se interpuso 'intentando separar' a uno y otro, y que resultó lesionada al tratar de coger el cuchillo con sus manos. Esta descripción no es un presupuesto fáctico que permita inferir que el ataque mortal se ejecutara en forma imposibilitante de toda defensa, máxime cuando en su progresiva ejecución primero golpeó a la víctima con el mango del cuchillo en la cabeza tirándola al suelo, y fué [sic] luego cuando le dió [sic] varios pinchazos en cuello y torax [sic]»; STS 391/2011 de 27 de enero que además de la situación de la indefensión psíquica y física de la víctima tiene en cuenta «, en una valoración sobre el conjunto de los hechos, que la agresión final, al igual que otras anteriores, tuvo lugar en horas de la noche y, precisamente, en el domicilio donde ambas acusadas se encontraban a solas con la víctima, disponiendo aquellas de llaves de la vivienda y no la víctima, de manera que quedaba impedida, o al menos seriamente dificultada, cualquier posibilidad de recibir auxilio inmediato por parte de terceros»; STS 3379/2011 de 13 de mayo: «Por lo cual, la situación de indefensión que pudiera darse en un primer momento se había ya transformado de forma sustancial, tanto por la desaparición de la situación de sorpresa inicial como por la ayuda que ahora podía prestar a la agredida el vecino que se hallaba delante»; STS 3899/2012 de 11 de mayo: «Ha de convenirse con el órgano de procedencia en que la víctima no dispuso de verdadera opción de enfrentarse a su agresor y de rebatir así el violento ataque recibido. Tampoco contó con mínimas posibilidades de recibir auxilio de terceros a esas horas de la madrugada, todo lo cual conduce a estimar rectamente apreciada la circunstancia agravatoria que se discute, tanto desde el plano fáctico como probatorio»; STS 8288/2012 de 5 de diciembre: «Dada la forma y el lugar donde el acusado realizó el hecho, y como directa consecuencia del auxilio solicitado por los agredidos en su defensa, cuatro agentes de la Guardia Civil intervinieron de inmediato, apuntando al acusado con sus armas, y ordenándole tirar la suya, por lo que no cabe apreciar, desde el punto de vista subjetivo, que el acusado actuase con esa estrategia criminal directamente encaminada a evitar cualquier riesgo, propia de la alevosía, y en cambio si es de apreciar el aprovechamiento de la situación de superioridad determinada por el arma, típica de la agravante aplicada correctamente por el Tribunal sentenciador»; STS 4302/2013 de 23 de julio: «Así se señala que cuando surgió el ánimo de matar y efectuó el primer disparo no se puede afirmar que estuviese anulada la defensa de la víctima no solo porque estaba presente otra persona [...]».

*encargada del local de peluquería. Por lo cual, la situación de indefensión que pudiera darse en un primer momento se había ya transformado de forma sustancial, tanto por la desaparición de la situación de sorpresa inicial como por la ayuda que ahora podía prestar a la agredida el vecino que se hallaba delante. [...] Tampoco se justifica la afirmación de que las posibilidades de defensa estuvieran anuladas, no solamente por el número de atacantes y atacados, sino por la presencia de otras personas en el escenario respecto de las cuales ni se describen, ni menos se justifican, actos de neutralización por parte de los acusados»*³⁵⁴

De acuerdo con esta tendencia jurisprudencial, y en oposición a lo que ha sido la posición tradicional en nuestro país, la doctrina extranjera reconoce la relevancia de la defensa de terceros respecto de circunstancias próximas dogmáticamente a nuestra alevosía. En primer lugar, el Código penal italiano recoge en su artículo 61.5 la circunstancia agravante genérica de la “defensa disminuida [*minorata difesa*]” consistente en «el haber aprovechado las circunstancias de tiempo, lugar o persona tales de obstaculizar la defensa pública o privada [*l’averne profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona tali da ostacolare la pubblica o privata difesa*]». La doctrina italiana entiende que respecto a esta circunstancia —análoga a nuestras circunstancias de los artículos 22.1 (alevosía) y 22.2 (alevosía de segundo grado)— no es solamente *el ofendido* por el delito, sino también *un tercero* el que puede desplegar la defensa privada cuya obstaculización constituye la razón de la agravante³⁵⁵. En segundo lugar, la

³⁵⁴ De la misma argumentación (en los mismos términos) se sirve la STS 8848/2011 de 22 de diciembre, aunque aplicándola a su propio caso: «En el mismo sentido nos pronunciamos en la STS de 13 de mayo de 2011 resolviendo el recurso 10856/2010, en la que también excluimos la agravación por alevosía porque *en el momento de ejecutar la agresión del cuchillo ya se encontraba delante un vecino de la zona, que había sido llamado por la encargada del local de peluquería. Por lo cual, la situación de indefensión que pudiera darse en un primer momento se había ya transformado de forma sustancial, tanto por la desaparición de la situación de sorpresa inicial como por la ayuda que ahora podía prestar a la agredida el vecino que se hallaba delante.* A tal doctrina se acomoda correctamente la sentencia recurrida al valorar que la situación de eventual persistencia en la pelea era esperable por la víctima cuando salió del local, y que, además, la víctima, cuando fue mortalmente apuñalada, se encontraba en compañía de otras personas que procuraron su defensa, siquiera con poco éxito dada la superioridad física y de medios de que disponían los agresores».

³⁵⁵ RAMAJOLI, Sergio, «Considerazioni sull’aggravante della minorata difesa», en *Archivio Penale*, Tomo II, 1954, pág. 538: «Se ha sostenido por la sentencia, y bajo un aspecto puramente especulativo esto puede encontrarse consistente, que ‘la ley por otra parte no requiere que el propio ofendido deba desplegar aquella defensa privada a la cual alude el artículo 61 n.º 5 del código penal, bien pudiendo ésta ser desplegada también por persona extraña privada, por lo que no puede decirse potencialmente obstaculizada por el estado de incapacidad del ofendido para defenderse’ [*Si è sostenuto dalla sentenza, e sotto un aspetto puramente speculativo ciò può trovarci consenzienti, che ‘la legge d’altronde non richiede che proprio l’offeso debba lui spiegare quella privata difesa cui allude l’art.61 n. 5 del codice penale, potendo questa ben essere spiegata anche da persone estranee private, onde non può dirsi*

doctrina alemana reconoce también en determinados casos la importancia de la defensa de terceros para la apreciación del asesinato alevoso [*Mord aus Heimtücke*] del § 211 del Código penal alemán; se trata justamente de aquellos casos donde, dado que las víctimas son personas inconscientes, gravemente enfermas o niños pequeños, la posibilidad de defensa se encuentra sólo en la ayuda dispensada por los terceros a su cuidado³⁵⁶. Aunque estos casos de víctimas desvalidas no se consideran en principio susceptibles de caer bajo el ámbito de la alevosía³⁵⁷, se convierten, no obstante, en supuestos alevosos cuando el autor elimina alevosamente al tercero dispuesto para su

potenzialmente ostacolata dallo stato d'incapacità dell'offeso a difendersi'»).

³⁵⁶ Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar*, ob. cit., ESER/STERNBERG-LIEBEN § 211 nm. 25c, pág. 2042: «Incluso para víctimas constitutivamente desprevenidas e indefensas es posible sin embargo la muerte alevosa, cuando [...] son eliminados terceros dispuestos para su protección, en lo que respecta a su falta de prevención e indefensión [*Selbst bei konstitutionell arg- oder wehrlosen Opfern bleibt jedoch heimtückisches Töten möglich, wenn [...] schutzbereite Dritter, auf deren Arg- und Wehrlosigkeit es dann ankommt, ausgeschaltet werden*]». Nomos *Kommentar Strafgesetzbuch*, ob. cit., NEUMANN § 211 nm. 59, pág. 1606: «Para personas constitutivamente desprevenidas e indefensas, en especial niños pequeños, pero p. ej. también pacientes en coma, puede según la interpretación predominante fundamentarse la 'alevosía' a través del aprovechamiento de la falta de prevención de un tercero dispuesto para su protección [*Bei konstitutionell arg- und wehrlosen Personen, insbesondere Kleinkindern, aber bspw. auch Komapatienten, kann nach vorherrschender Auffassung 'Heimtücke' auch durch das Ausnutzen der Arglosigkeit eines schutzbereiten Dritten begründet werden*]». Münchener *Kommentar Strafgesetzbuch* §§ 185-262, ob. cit., SCHNEIDER § 211 nm. 135, pág. 420: «El Tribunal Federal [alemán] admite una excepción más de la exclusión por principio de los niños pequeños del ámbito de aplicación de la circunstancia de asesinato de alevosía, cuando el autor elimina a un tercero dispuesto para su protección, para poder cometer entonces sin estorbos la muerte del niño que ya no está amparado [...] Es además jurídicamente conveniente trasladar las consideraciones acerca del aprovechamiento de la falta de prevención de un tercero dispuesto para la protección a los casos de muerte de personas inconscientes o enfermos impedidos para percibir, en la medida que estos estén bajo la custodia de un tercero [*Eine weitere Ausnahme von der prinzipiellen Ausklammerung kleiner Kinder aus dem Anwendungsbereich des Mordmerkmals der Heimtücke lässt der Bundesgerichtshof zu, wenn der Täter schutzbereite Dritte ausschaltet, um dann die Tötung des nicht mehr behüteten Kindes ungehindert begehen zu können [...]* Es ist darüber hinaus rechtlich geboten, die Erwägungen zum Ausnutzen der Arglosigkeit schutzbereiter Dritter auch auf die Fälle der Tötung Bewusstloser und wahrnehmungsgehemmter Kranker zu übertragen, sofern diese in der Obhut Dritter stehen]. RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (II)», ob. cit., pág. 6: «Por supuesto que siempre que el autor elimina la disposición de protección del tercero para matar al niño muy pequeño (o a otra persona desprevenida constitutivamente) en la [situación de] indefensión así creada, debe afirmarse con el Tribunal Federal [alemán] por principio la alevosía [*Wenn der Täter freilich die Schutzbereitschaft Dritter arglistig beseitigt, um das Kleinstkinder (oder sonstige konstitutionell Arglose) in der so geschaffenen Hilflosigkeit zu töten, ist mit dem BGH die Heimtücke grundsätzlich zu bejahen*]».

³⁵⁷ En Alemania la indefensión necesaria para la apreciación de la alevosía debe estar causada por la falta de prevención de la víctima. Pero desprevenido puede sólo estar quien tiene la capacidad de estar prevenido o sospechar ante un ataque. Esta capacidad falta en cambio en personas inconscientes, gravemente enfermas o en niños pequeños, por lo que en principio no podrían ser víctimas del asesinato alevoso previsto en el § 211 del Código penal alemán. En este sentido, por ejemplo, RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (I)», ob. cit., pág. 969: «Indefenso es quien a consecuencia de su falta de prevención está fuertemente limitado en su natural disposición y capacidad de defensa [*Wehrlos ist, wer infolge seiner Arglosigkeit in seiner natürlichen Abwehrbereitschaft und Abwehrfähigkeit stark eingeschränkt ist*]» y poco más arriba «Desprevenido puede solamente ser quien puede albergar sospecha [o estar prevenido] [...] [*Arglos kann nur sein, wer Argwohn hegen kann [...]*]»

defensa³⁵⁸. En realidad, desde la perspectiva de nuestra jurisprudencia no sería necesario introducir esta corrección, pues ha sido un criterio constante mantenido por el Tribunal Supremo considerar *en todo caso* como alevosos los ataques a las personas desvalidas. Pero también ha existido una continua oposición a aceptar el criterio jurisprudencial por parte de la doctrina, que en su mayoría rechaza que los desvalidos puedan ser objeto de un ataque alevoso en atención a que no es posible eliminar la defensa de quien está por sí mismo indefenso. No pretendo ocuparme en este momento del tema³⁵⁹, pero quizá el criterio correctivo establecido por la doctrina alemana fuera una solución acertada para evitar caer tanto en el extremo de calificar como alevoso todo ataque a un desvalido, como en el extremo opuesto de considerar de que nunca sea alevoso. Porque ciertamente no le falta razón a la doctrina cuando afirma que no actúa con alevosía quien no elimina en el desvalido defensa alguna, pero esta razón no debería cerrar completamente la puerta a la posibilidad de calificar estos casos como alevosos. Esta posibilidad parece abrirse cuando la defensa que él no podía ejercer estaba delegada a un tercero a su cuidado, y esa defensa del tercero ha sido eliminada por el autor. En este caso el autor también, conforme a la interpretación de la alevosía desde la legítima defensa aquí propuesta, emplea medios, modos o formas que impiden el ejercicio de la legítima defensa, y aunque es cierto que no imposibilita tal ejercicio *directamente* a la

³⁵⁸ KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, ob. cit., pág. 47 (§ 2 nm. 23): «En cambio una persona inconsciente, que no puede evitar la entrada de su estado, tampoco puede ser decepcionada en su esperanza de que no le ocurrirá nada. Además tampoco son víctimas adecuadas personas que constitucionalmente (ya) no pueden desarrollar ninguna desconfianza. Esto vale acaso para los enfermos graves que ya no perciben su entorno y para los niños pequeños a los cuales sólo aproximadamente a partir de los tres años se le atribuye la capacidad de sospechar. En estos casos, sin embargo, entra en consideración la alevosía cuando se elimina alevosamente a las personas auxiliares dispuestas para la defensa [*Ein Bewusstloser dagegen, der den Eintritt seines Zustands nicht abwenden kann, kann auch nicht in seiner Erwartung, ihm werde nichts geschehen, getäuscht werden. Keine tauglichen Opfer sind ferner Personen, die konstitutionell kein Misstrauen (mehr) entwickeln können. Dies gilt etwa für ihre Umwelt nicht mehr wahrnehmende Schwerkranke und Kleinkinder, denen erst ab ca. drei Jahren Fähigkeit zum Argwohn zugeschrieben wird. In diesem Fällen kommt jedoch Heimtücke bei arglistiger Ausschaltung von schutzbereiten Hilfspersonen in Betracht*]». BOSCH, Nikolaus, «Heimtücke bei Tötung Besinnungsloser. BGH (3. Strafsenat), Urteil vom 18.10. 2007 — 3 StR 226/07 (LG Oldenburg)», en *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, Cuaderno 5, 2008, pág. 389: «La falta de prevención y la indefensión del mismo inconsciente P puede bien es verdad no ser tomada en cuenta, pues éste a causa del coma en que se encuentra no ha sido capaz de ningún tipo de prevención o contra-defensa, pero en el ataque a la vida de un adulto inconsciente puede existir alevosía siempre que el autor aproveche para la comisión del hecho la falta de prevención y la indefensión de un tercero dispuesto a la protección [*Auf die Arg- und Wehrlosigkeit des bewussten P selbst kann zwar nicht abgestellt werden, da dieser wegen des Komas, in dem er sich befand, zu keinerlei Argwohn und Gegenwehr fähig gewesen ist, beim Angriff auf das Leben eines bewussten Erwachsenen können aber Heimtücke vorliegen, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit eines schutzbereiten Dritten zur Tatbegehung ausnutzt*]».

³⁵⁹ Un estudio detallado del problema de la alevosía en las personas accidental o constitutivamente indefensas puede encontrarse en el capítulo 4 de este trabajo cuando se analiza la modalidad de alevosía por desvalimiento.

víctima —porque el desvalido de por sí es incapaz de ejercer este derecho—, sí lo hace *indirectamente*, puesto que la víctima desvalida no cuenta con otra posibilidad de ejercerlo sino a través del ejercicio delegado de este derecho por el tercero, lo cual además resulta jurídicamente posible en cuanto que el ordenamiento jurídico en el artículo 20.4 autoriza a ejercer este derecho no sólo en defensa propia sino también ajena. En cualquier caso, la posibilidad de tomar en cuenta la defensa procedente de un tercero en los casos de desvalidos para estimar la alevosía, aunque en sus resultados parece justa, se plantea más como una propuesta *de lege ferenda* que como un intento de interpretación posible del 22.1, impracticable hoy en día desde su propia literalidad que requiere indudablemente que la defensa proceda del ofendido.

2.2 b) La materia de la alevosía

Tras analizar los elementos *formales* del empleo de medios, modos o formas y la eliminación de la defensa, que responden a la pregunta *¿cómo se comete un delito con alevosía?*, dedicaré este apartado al estudio del aspecto *material* de la comisión alevosa. Ante la pregunta *¿qué se comete o asegura con la forma de comisión alevosa?* aparece como respuesta el tercer elemento presente en el artículo 22.1: un delito contra las personas.

iii) El aseguramiento de la ejecución de un delito contra las personas

Como se ha dicho la alevosía consiste en una *forma* de comisión, pero este hecho mismo ya indica que debe haber algo que se cometa *materialmente* mediante esta forma de comisión. Lo que se comete o asegura es, como previene el artículo 22.1, *en principio* cualquiera de los delitos contra las personas. En el capítulo tercero, cuando me ocupe del ámbito de aplicación de la circunstancia, trataré detalladamente de los concretos delitos contra las personas que *efectivamente* son susceptibles de ser cometidos con la circunstancia de alevosía. Por ahora interesa ocuparse *en general* del aspecto material de la alevosía entendido como el aseguramiento de *cualquier* delito contra las personas. En este respecto, es necesario primero decir que el aseguramiento del delito contra las personas (producción del resultado) no se debe acreditar como un hecho objetivo, dado en la realidad para la apreciación de la alevosía. Las razones que lo justifican son diversas. En primer lugar la propia literalidad del artículo 22.1 no

establece que los «medios, modos o formas» tengan que asegurar la ejecución del delito, sino como se ha repetido muchas veces que «tiendan (especial o directamente) a asegurarla»³⁶⁰. El precepto no está exigiendo, por tanto, que la forma de comisión alevosa *asegure* la ejecución del delito, sino que esa forma de comisión *se dirija a asegurarla*. Y con esto aparece una segunda razón. Precisamente porque la alevosía es una forma de ejecución debe dirigirse a ejecutar algo —un delito contra las personas—, pero eso no significa que aquello a lo que se dirige —la ejecución de tal delito: producción del resultado— se tenga que alcanzar. El empleo de una forma alevosa de comisión, por tanto, no tiene por qué lograr su objetivo; se consiga o no ejecutar el delito contra las personas, es decir, producir el resultado, esto no elimina el hecho de que se haya empleado una forma de comisión alevosa³⁶¹. En tercer lugar, podemos

³⁶⁰ CAMARGO HERNÁNDEZ, César, *La alevosía*, ob. cit., pág. 46: «[...] el Código no habla de medios que aseguren, sino de medios que tiendan a asegurar [...]». MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 66: «No es menester que se ‘asegure’ el hecho, basta con que se ‘tienda’ al aseguramiento». PUIG PEÑA, Federico, «Alevosía», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo II, ob. cit., pág. 561: «Es decir, no es preciso que los medios empleados por el delincuente *aseguren* de hecho la infracción; basta con que *tiendan a asegurarla* (27 octubre 1934). Por ello se corrige el viejo criterio de colocar en el resultado de la acción el motivo dominante para declarar o no la existencia de la alevosía. Si una persona con una espada mata a otra que la espera empuñando un arma, ¿podrá decirse que la muerte es alevosa si luego se demuestra que el arma de fuego estaba descargada y el autor de la muerte no lo sabía? En cambio —como dice GROIZARD— será alevoso —aunque se frustre el homicidio— el crimen del que intenta a apuñalar a otro dormido, aunque la hoja del puñal se estrelle con un cuerpo duro que proteja a aquél. Aquí los medios *tendían a asegurar la infracción* y, sin embargo, ello no se ha conseguido». FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, ob. cit., pág. 337: «[...] es preciso fijar la atención en que el Código no habla de que el hecho haya de ser ejecutado de forma segura ni de que exista objetivamente el estado de indefensión de la víctima, sino que habla de que los medios empleados ‘tiendan’ a ello [...]». CÓRDOBA RODA, Juan, «Artículo 22.1», ob. cit., págs. 269 y s.: «Para la presente circunstancia agravante sólo se exige que los medios, modos o formas empleados por el culpable *tiendan* —directa y especialmente— a asegurar la ejecución sin riesgo proveniente de la defensa del ofendido. Por ello no será necesario que efectivamente consigan alcanzar este resultado». CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, ob. cit., pág. 697: «No es preciso, por otra parte, que el sujeto consiga realmente asegurar la ejecución [...]». PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 203: «El art. 22, circ. 1ª, sólo exige que los medios, modos o formas de comportamientos empleados en la realización del hecho tiendan objetivamente y en la intención del autor a asegurar la *ejecución* de la acción de matar, y no necesariamente la producción del resultado de muerte». GRACIA MARTÍN, Luis, en *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, ob. cit., pág. 108: «Para la apreciación de la alevosía, tanto la jurisprudencia como la doctrina dominante entienden que no será necesario que el autor haya conseguido realmente realizar los fines de la circunstancia: el aseguramiento de la ejecución o haber evitado el riesgo de la reacción defensiva de la víctima». ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, ob. cit., pág. 71: «Tampoco es preciso para que sea aplicable que objetivamente se haya logrado el aseguramiento [...]».

³⁶¹ STS 3339/2011 de 23 de mayo: «Pues bien, al respecto es de señalar que en estos consta que Evaristo agredió a la denunciante ‘súbita e inesperadamente por la espalda’ sujetándola por el ‘pelo con una mano y con la otra intentó clavarle un cuchillo’, al tiempo que la decía ‘te voy a matar’. Lo ajustado de la calificación de los hechos por la Audiencia no puede ser más patente. En efecto, pues lo que exige el precepto definidor de la alevosía (art. 22,1ª Cpenal) es el empleo de modos o formas que tiendan de manera inequívoca y posiblemente eficaz a anular las posibilidades defensivas de quien sufre la agresión, con independencia de cual fuera al fin el resultado de esta. Y, en términos de experiencia, pocos modos de

acudir a la interpretación defendida aquí de la modalidad alevosa como eliminación de la legítima defensa. Para que haya surgido un derecho en la víctima a la defensa, que es aquel que elimina el autor, ha tenido que haberse iniciado un ataque del autor que aún no esté consumado. Esto es lo que se nombra cuando se dice que la legítima defensa debe ser actual³⁶², es decir, contemporánea a un ataque. Por eso, la modalidad alevosa no sólo requiere que el ataque, consistente en la ejecución de un delito contra las personas, no esté ya consumado o ejecutado, sino que sólo en tanto no consumado se puede emplear dicha modalidad; únicamente hasta ese momento existe un derecho a la legítima defensa susceptible de ser eliminado.

Que no se requiera, como un hecho dado en la realidad, el aseguramiento de la ejecución (producción del resultado) no significa, por otro lado, que los «medios, modos o formas» no tengan que tender al aseguramiento. El hecho objetivo consiste, así, no en el “aseguramiento”, sino en la “tendencia al aseguramiento”. Esta tendencia es *objetiva*, en cuanto es de los propios «medios, modos y formas», los cuales por sí mismos (=independientemente de las representaciones o creencias del autor) resultan idóneos para asegurar la ejecución, sin que esto evite que también, como se verá al analizar los aspectos subjetivos de la circunstancia, sea necesario para la apreciación de la alevosía que el *sujeto* se represente la idoneidad de dichos «medios, modos y formas» y la acepte como modo de ejecución. En este apartado me ocuparé de estudiar tendencia objetiva, es decir, de los «medios, modos o formas» y, por tanto, de su idoneidad para asegurar o ejecutar el delito, es decir, para producir el resultado. Con cuyo estudio se mostrará, sin embargo, que la perspectiva objetiva resulta insuficiente y debe ser completada con la representación subjetiva del autor acerca de la idoneidad.

operar más elocuentes al respecto, que el amparado en la confianza que depara la falta de prevención; en la sorpresa del acometimiento repentino y por la espalda; y en la superioridad instrumental que confiere un cuchillo de grandes dimensiones como el utilizado. Es verdad que, por fortuna, la agresión no se tradujo en un resultado lesivo para la denunciante, pero esto aparece perfectamente acreditado en el plano probatorio, con reflejo en los hechos. Y fue así porque ella se movió cuanto pudo tratando de desasirse y por la ayuda que recibió enseguida. Ahora bien, en ningún caso porque el ahora recurrente hubiera dejado de poner todo lo que estaba de su parte para hacer reales sus palabras, que también constan».

³⁶² MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pág. 445: «Aunque la letra de la ley se limita a exigir que la agresión sea ‘ilegítima’, del segundo elemento fundamental de la legítima defensa, la necesidad de defenderse, se deriva la necesidad de que la agresión sea también *actual*. Es éste, pues, un requisito ‘puente’ entre la agresión y la defensa. En efecto, si el CP exige que se actúe ‘en defensa de la persona o derechos’, será necesario que *ya haya o todavía haya*, posibilidad de defensa, o lo que es lo mismo, que sea posible evitar la lesión del bien jurídico amenazado».

Cuando en el Código penal se establece que «medios, modos o formas» tiendan a asegurar la ejecución, dicha tendencia en la medida que aparece literalmente referida a los «medios, modos o formas» debe interpretarse desde una perspectiva objetiva³⁶³. Ahora bien, dado que el término “tendencia” está en buena parte contaminado subjetivamente —el tender a finalidades u objetivos parece algo propio de las personas— resulta preferible la utilización de la palabra “idoneidad”³⁶⁴. En efecto, la noción de “idoneidad” no responde a las representaciones *de un sujeto* —una cosa no es idónea

³⁶³ De acuerdo CÓRDOBA RODA, Juan, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 269: «El CP exige que los ‘medios, modos o formas’ tiendan a una determinada meta; al aseguramiento de la ejecución sin riesgo proveniente del ofendido. Obsérvese que son los ‘medios, modos o formas en la ejecución’ *en sí mismos*, y no la voluntad del agente, lo que ha de tender directa y especialmente a asegurar la ejecución del delito»; SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 866: «En mi opinión, siguiendo a Córdoba en este aspecto, el término ‘tiendan’ se refiere única y exclusivamente a los medios, modos o formas. Y creo que ello es así porque lo exige la construcción gramatical empleada; lo que no obsta para que se requiera, como veremos al estudiar el aspecto subjetivo, que el sujeto conozca y quiera tal tendencia, en cuyo caso se puede afirmar que él también tenderá al aseguramiento»; ÁLVAREZ GARCÍA, Javier, «Artículo 10.1», ob. cit., pág. 71: «[...] CÓRDOBA RODA, ha entendido que: ‘son los ‘medios, modos o formas de ejecución’ en *sí mismos*, y no la voluntad del agente, lo que ha de tender directa y especialmente a asegurar la ejecución del hecho criminal’ [...] Y es esta última la opinión que considero preferible [...]»; DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 805: «[...] lo primero que ha de subrayarse es que son los medios en sí, y no la voluntad del sujeto activo, los que han de tender directa o especialmente a asegurar la ejecución del hecho. Al margen de cualquier otra consideración interpretativa, porque así lo exige la propia construcción gramatical del texto del artículo 22.1.³»; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pág. 635: «La alevosía exige que los procedimientos empleados tiendan directa y especialmente a asegurar la ejecución [...]». En cambio interpretan subjetivamente la tendencia: JIMÉNEZ ASEÑO, Enrique, «El elemento psicológico en la alevosía», ob. cit., pág. 459: «Tender a asegurar el golpe, o sea la ejecución del designio malvado, significa tendencia humana racional, y esto revela que es un elemento subjetivo, ya que implica conciencia de lograr un deseo, manifiesto en la forma de ejecutarlo utilizando medios idóneos para el logro del designio malvado, aunque, en definitiva, no lo consiga o se frustre»; CAMARGO HERNÁNDEZ, César, *La alevosía*, ob. cit., pág. 46: «[...] el culpable ha de tender a la obtención de los dos fines siguientes: el aseguramiento de la ejecución y la indefensión de la víctima»; FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código Penal, Tomo I*, ob. cit., pág. 337: «Si el autor tiende con los medios empleados a asegurar la ejecución del delito sin el riesgo para su persona proveniente de la defensa que pueda hacer el ofendido, ello basta para estimar la alevosía [...]»; GRACIA MARTÍN, Luis, en *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, ob. cit., pág. 108: «Según la opinión dominante estamos ante una circunstancia de tendencia, es lo mismo que sucede con respecto a los elementos subjetivos en los delitos de tendencia». A una solución ecléctica entre lo subjetivo y objetivo parece llegar: CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, ob. cit., pág. 697 quien pese a sostener que «se trata de una circunstancia agravante de tendencia», admite que «es preciso que ex ante aparezca como no absolutamente improbable la consecución de dichos fines [asegurar la ejecución e impedir los riesgos procedentes de una posible defensa de la víctima]»; ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 141: «La voz ‘tiendan’ no puede interpretarse conforme a una u otras de las posiciones extremas subjetivistas u objetivistas, [...] sino que viniendo referida a los modos empleados en su realización, es necesario que a su vez, el sujeto los encamine de forma directa y especialmente, como exige el propio texto legal»; PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 195, para quien «una combinación de lo objetivo y de lo subjetivo [...] es el punto de vista más correcto», por lo que «nos hallamos pues ante una ‘circunstancia de tendencia’, en un sentido equivalente al que se da a esta expresión cuando se habla de ‘delitos de tendencia’ (así ya ANTÓN ONECA). No obstante, junto a ello se precisa que esos medios o formas de ejecución sean *objetivamente idóneos*, desde una perspectiva *ex ante*, para lograr lo que el agente se propone».

porque así se piense, estime o desee subjetivamente—, sino que consiste en una cualidad *objetivamente* determinable —una cosa es idónea por sus propias características objetivas—. Así cuando el artículo 22.1 previene que los «medios, modos o formas» tiendan al aseguramiento, en realidad está queriendo decir que el empleo de dichos «medios, modos o formas» debe ser idóneos para asegurar la ejecución (producción del resultado). Esta idoneidad, evidentemente, no significa que los «medios, modos o formas» deban asegurar de hecho la ejecución y producir por tanto el resultado, sino, en cambio, que aunque no lo consiguieran (*ex post*), sus propias características objetivamente —para un observador objetivo o imparcial— hacen que los medios, modos o formas empleados sean (*ex ante*) adecuados para asegurarla³⁶⁵.

La cuestión reside, entonces, en comprobar si de acuerdo a la caracterización ofrecida de «medios, modos o formas» alevosos éstos resultan idóneos u objetivamente adecuados para asegurar la ejecución. Pues bien, si los «medios, modos o formas»

³⁶⁴ CÓRDOBA RODA, Juan, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 269: «La exigencia de que las modalidades ejecutivas tiendan directa y especialmente al aseguramiento de la realización criminal, equivale, por tanto, al requisito de idoneidad de aquéllas para alcanzar este resultado». DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 805: «El propio texto del artículo 22.1.^a señala que la alevosía exige emplear medios que ‘tiendan a asegurar la ejecución delictiva’. Y ello implica que sean idóneos para dicha finalidad».

³⁶⁵ CÓRDOBA RODA, Juan, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 269: «En suma, siempre que para un observador imparcial resulte adecuada, ex-ante, es decir, retrotrayéndose al momento de la comisión del hecho, la modalidad ejecutiva para el aseguramiento del delito sin riesgo de la defensa del ofendido, existirá la referida tendencia directa y especial». SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 877: «Dice CÓRDOBA que la exigencia de que las modalidades ejecutivas tiendan directa y especialmente al aseguramiento de la realización criminal, equivale al requisito de idoneidad para alcanzar este resultado. Y a continuación señala el mismo autor que la determinación de si los medios son idóneos, o no, para tender al aseguramiento ha de hacerse con un criterio *ex ante*, por tanto, en abstracto por un observador imparcial, puesto que si se hiciera en el caso real y concreto sólo tenderían al aseguramiento las modalidades ejecutivas que efectivamente alcanzaran dicho objetivo [...] Si el artículo 22.1 C.p. en lugar de utilizar la expresión ‘tiendan’ dijera ‘empleando medios... que aseguren’, se podría utilizar el criterio *ex post* para determinar si los medios eran idóneos y tendían al aseguramiento». ÁLVAREZ GARCÍA, Javier, «Artículo 10.1», ob. cit., pág. 71: «[...] solamente es posible apreciar la agravación cuando examinada *ex ante* la conducta por un observador imparcial, situado en la misma posición que el autor y contando con los conocimientos especiales de éste —de otra forma podrían producirse peligrosas lagunas de punibilidad—, la modalidad ejecutiva —los ‘medios, modos o formas de ejecución’— resulta idónea para conseguir el aseguramiento del hecho ‘sin el riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido». DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 805: «[...] esa tendencia directa o especial equivale a un exigencia de idoneidad. Ésta podrá afirmarse cuando desde una perspectiva *ex ante* un observador imparcial pueda afirmar en un juicio de adecuación atento a los elementos concurrentes en cada supuesto fáctico que efectivamente los medios que emplea el sujeto activo pueden asegurar la ejecución delictiva, aun cuando *ex post* se constate que no lo hicieran». PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 195: «Tal idoneidad o peligrosidad ha de ser apreciada mediante un juicio *ex ante* efectuado desde el punto de vista de un espectador objetivo en atención a la totalidad de las circunstancias del hecho cognoscibles en el momento de la acción y a los particulares conocimientos que entonces tuviese el agente».

alevosos se caracterizan por ser aquellos que empleados en la ejecución eliminan en la víctima la posibilidad de ejercer una legítima defensa, entonces conforme a esta caracterización resulta evidente que eliminar en la ejecución la posibilidad de defensa de la víctima aparece como un «medio, modo o forma» idóneo u objetivamente (=para un observador objetivo o imparcial) adecuado de asegurar (*ex ante*) la ejecución de un delito contra su persona, por mucho que éste aseguramiento no se acredite en último término (*ex post*). Sin embargo, alguien podría alegar con razón que igualmente es evidente que la correspondencia entre eliminación de la defensa e idoneidad para el aseguramiento no es completa, ya que existen ciertamente otros «medios, modos o formas», además de los que eliminan la defensa, que también son idóneos para asegurar la ejecución. Sin embargo, en este punto, debe decirse que esos otros «medios, modos o formas» serán también modalidades idóneas de (asegurar la) ejecución, pero no serán modalidades alevosas. Porque es cierto que toda ejecución de un delito necesita llevarse a cabo con una modalidad que la asegure, pero la modalidad alevosa será sólo aquella que, según el sentido del 22.1, tiende a asegurar la ejecución porque ha eliminado la capacidad de defensa de la víctima. Debe reconocerse como mérito de ALTÉS MARTÍ haber visto que la peculiaridad de la modalidad alevosa no se encuentra en el aseguramiento, sino en eliminar la defensa de la víctima como medio (idóneo) para conseguir el aseguramiento³⁶⁶: «La última interpretación [la defendida por el propio

³⁶⁶ Sin embargo ALTÉS MARTÍ, Miguél Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 144, reconoce en CÓRDOBA RODA un antecedente de su posición: «Sin embargo, ha sido Córdoba Roda el que ha profundizado en esta interpretación deduciendo consecuencias de sumo interés. Dice este autor: ‘El aseguramiento de la ejecución a que se refiere el número 1 del artículo 10 no equivale a la acción y efecto de garantizar la realización de lo propuesto, sino a la exención de riesgos procedentes de la defensa de la víctima, con independencia de que los mismos sean anteriores o inmediatamente posteriores a la agresión’». A pesar de la afirmación de ALTÉS MARTÍ no parece que CÓRDOBA RODA («Artículo 22.1», ob. cit., pág. 270), defienda exactamente su misma postura; ALTÉS MARTÍ se refiere a que la eliminación de la defensa es un medio para conseguir la realización del delito contra las personas que se propone el autor, mientras que para CÓRDOBA RODA tal eliminación no es un medio para conseguir la realización del delito, sino sólo un modo de no correr riesgo cuando lleva a cabo la realización. También JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, «El elemento psicológico en la alevosía», ob. cit., 1954, pág. 460: «Claro está que si bien estas dos condiciones son hipotéticamente concebibles separadas, prácticamente son de muy difícil divorcio, porque el que alevosamente asegura el golpe, elimina, a su vez, la reacción defensora de la víctima [...]». Por otra parte entre los seguidores de la postura de ALTÉS MARTÍ se encuentra, aun sin mencionarlo expresamente: MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 72: «En definitiva, el requisito de la tendencia a eliminar el riesgo procedente de la defensa que pudiera hacer el ofendido es justamente la modalidad que legalmente se exige, a efectos de poder apreciar la agravante, para el logro del aseguramiento de la ejecución»; GÓMEZ RIVERO, Carmen, «Presupuestos y límite de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal», ob. cit., pág. 36: «[...] [la] especial dinámica ejecutiva tiene un sentido inequívoco: asegurar de modo directo o especial el resultado pretendido, inclinando así las posibilidades de éxito claramente a favor del autor; por último, la táctica que emplea para conseguirlo consiste en eliminar el riesgo que pudiera provenir de la reacción defensiva por parte de la víctima, quien queda relegada de esta forma a una situación de indefensión»; PUENTE SEGURA, Leopoldo,

ALTÉS MARTÍ] es la que entiende que la finalidad [de la alevosía] es única y radica en la eliminación de la defensa que proceda del ofendido, como medio de asegurar la ejecución. De ahí que si el culpable tiende con los medios, modos y formas a eliminar la defensa es para asegurar la ejecución, y aún cuando esta ejecución no se consiguiera estaríamos ya en presencia de la alevosía, pues lo determinante de ella, es la conducta tendente a la eliminación del riesgo para mejor así cometer el delito»³⁶⁷.

El único error que se podría achacar desde nuestra postura a ALTÉS MARTÍ es seguir considerado que la eliminación de la defensa es un objetivo incluido, junto al aseguramiento de la ejecución, en el término “tiendan” empleado por el 22.1, cuando por sus propias palabras se evidencia, al referirse a la eliminación de la defensa “como medio de asegurar la ejecución”, que la eliminación no es un fin en sí mismo sino un medio (modo o forma) idóneo para el objetivo del aseguramiento (producción del resultado). No obstante, su acierto consiste en haber advertido que el texto del 22.1 obliga a que se tenga por modalidad alevosa a aquella que tiende o es idónea para asegurar la ejecución pero *sólo* en cuanto que ha eliminado la defensa de la víctima: «[...] porque el concepto de aseguramiento del hecho, queda delimitado por la eliminación de la defensa del ofendido y no de un tercero, por exigencia del tipo legal, de ahí que la única forma de asegurar la ejecución es la indefensión de la víctima»³⁶⁸.

De ahí que, como dice ALTÉS MARTÍ, a pesar de lo que doctrina y jurisprudencia mayoritarias crean sostener, en definitiva ésta última es la interpretación que realmente están defendiendo³⁶⁹: en cuanto el aseguramiento producido por medio de la eliminación de la defensa de terceros queda excluido por la propia lectura literal del 22.1 —que exige

Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal, ob. cit., pág. 453: «[...] los medios, modos o formas empleados en la ejecución deben estar orientados, directa o especialmente, a asegurarla en el sentido de evitar o disminuir sensiblemente el riesgo que para el delincuente pudiera representar una eventual *defensa del ofendido*».

³⁶⁷ ALTÉS MARTÍ, Miguél Ángel, *La alevosía*, ob. cit., págs. 142 y s.

³⁶⁸ ALTÉS MARTÍ, Miguél Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 143.

³⁶⁹ ALTÉS MARTÍ, Miguél Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 143: «Por lo que se refiere a la segunda de las interpretaciones, es la mantenida mayoritariamente por la doctrina y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ven siempre en la alevosía un doble objetivo, el aseguramiento de la ejecución y la eliminación de la defensa que pudiera presentar el ofendido. Sin embargo aunque los autores hablen de este doble objetivo, y la jurisprudencia reitere tal opinión al emplear, en sus sentencias, expresiones como: ‘a la doble finalidad’ (sentencias de 15 de octubre de 1951); ‘dobles concretos y determinados fines’ (sentencias de 30 de junio de 1947, 18 de diciembre de 1947, 17 de junio de 1948, 27 de mayo de 1949, 3 de mayo de 1950, 24 de mayo de 1976), lo que están defendiendo es la tercera interpretación». Véase sin embargo en la nota 366 los autores y en la 370 la jurisprudencia que comparten la postura de ALTÉS MARTÍ.

que la defensa proceda del ofendido—, sólo el aseguramiento debido a la eliminación de la defensa de la víctima resulta pertinente para la apreciación de la alevosía. Esto confirma la caracterización ofrecida más arriba de los «medios, modos o formas» alevosos como aquellos que eliminan la defensa de la víctima, pues si se emplearan «medios, modos o formas» que aunque fueran idóneos para (asegurar) la ejecución no eliminaran la defensa de la víctima sino la de un tercero, no podrían ser considerados alevosos desde la perspectiva del artículo 22.1.

Así pues desde la perspectiva del 22.1 sólo pueden tener la consideración de «medios, modos o formas» idóneos para asegurar la ejecución los que eliminan la defensa de la víctima³⁷⁰. Sin embargo este artículo añade todavía algo más, pues se

³⁷⁰ El Tribunal Supremo viene a reconocer que la idoneidad de los medios para el aseguramiento deriva del hecho de la eliminación de la defensa cuando define los elementos de la alevosía, en particular el objetivo, por ejemplo en: STS 117/2010 de 19 de enero, STS 1569/2010 de 30 de marzo, STS 5289/2010 de 6 de octubre, STS 391/2011 de 27 de enero, STS 1845/2013 de 18 de abril, STS 2883/2013 de 17 de mayo, STS 4774/2013 de 2 de octubre y STS 269/2014 de 24 de enero: «En segundo lugar, que el autor ejecute los hechos empleando medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurar el resultado, precisamente mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad»; STS 3967/2010 de 29 de junio: «En el Código Penal vigente, en el art. 22.1^a, la alevosía se encuentra expresamente delimitada en su ámbito de aplicación a los delitos contra las personas, concretándose como la primera de las circunstancias que cualifican el asesinato en el citado art. 139 de dicho código. Aparece definida por la utilización de medios, modos o formas de ejecución que aseguran la realización del delito porque no existe riesgo para el sujeto activo que pudiera proceder de la defensa el ofendido. Es decir, el núcleo del concepto de alevosía se halla en una conducta que tiene por finalidad eliminar las posibilidades de defensa por parte del sujeto pasivo»; STS 1479/2010 de 2 de marzo, STS 4959/2010 de 17 de julio, STS 7333/2010 de 22 de diciembre, STS 3379/2011 de 13 de mayo, STS 3781/2011 de 23 de mayo, STS 3807/2012 de 22 de mayo, STS 5136/2012 de 26 de junio, STS 8688/2012 de 3 de diciembre, STS 8678/2012 de 20 de diciembre, STS 8678/2012 de 20 de diciembre, STS 347/2013 de 15 de enero y STS 1596/2015 de 14 de abril: «En segundo lugar, como requisito objetivo, que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad»; STS 2039/2011 de 14 de abril, STS 5129/2011 de 28 de junio, STS 5144/2011 de 19 de julio, STS 7290/2011 de 2 de noviembre, STS 7689/2011 de 10 de noviembre, STS 5344/2012 de 11 de julio, STS 4775/2013 de 8 de octubre, STS 1465/2014 de 16 de abril, STS 2432/2014 de 10 de junio, STS 5083/2014 de 12 de diciembre, STS 5442/2014 de 26 de diciembre, STS 677/2015 de 25 de febrero, STS 824/2015 de 12 de marzo y STS 2446/2015 de 4 de mayo: «En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el ‘modus operandi’, que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad [...]»; STS 2019/2010 de 22 de abril, STS 1954/2012 de 1 de febrero y STS 3899/2012 de 11 de mayo: «[que] se utilicen en su ejecución medios, modos o formas que sean objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad»; STS 4944/2012 de 10 de julio: «Tal agravante, aplicable a los delitos contra las personas (elemento normativo) se caracteriza por la utilización de medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurar la agresión mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, por la víctima (elemento objetivo)»; STS 1900/2013 de 8 de abril: «En segundo lugar, que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad [...] De lo antes expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en la

refiere a que los medios tiendan «directa o especialmente» a asegurar la ejecución, lo cual significa que han de ser «directa o especialmente» idóneos para asegurarla³⁷¹. En cuanto al término “directamente”, no parece que exista un «medio, modo o forma» más directo de hacer seguro un delito contra una persona que eliminar la defensa de esa misma persona, frente a lo cual la eliminación de la defensa de terceros dispuestos a socorrerla siempre parecerá una modalidad indirecta de aseguramiento; directamente se pone en riesgo a la persona a quien se elimina la defensa, indirectamente cuando se anula la defensa de terceros que la pudieran socorrer³⁷². En cuanto a “especialmente”, es difícil negar que se tiende a asegurar especialmente el delito contra una persona, cuando se emplean «medios, modos o formas» que, eliminando su defensa, eliminan a quien, por tratarse de su propia persona, es el interesado último en su propia protección.

Hasta el momento se ha estudiado la idoneidad o tendencia de los «medios, modos o formas» para el aseguramiento o ejecución de un delito (cualquiera) contra las personas. Si en el análisis de la circunstancia no se constata desde la perspectiva *objetiva* la idoneidad de los *medios*, jamás puede abrirse el estudio de la perspectiva *subjetiva* de las *representaciones y finalidades* del sujeto; si los medios no resultaron idóneos para que la ejecución fuera segura en el sentido dicho, resultan indiferentes las creencias o intenciones del autor no traducidas en hecho objetivo alguno³⁷³. Así en caso

existencia de una conducta agresora que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa, en cuanto supone el aseguramiento de la ejecución con ausencia de riesgo»; STS 5720/2013 de 18 de noviembre: «en cuanto al modo de actuar que se utilices [sic] medios modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurar la ejecución, porque eliminan las posibilidades de defensa proveniente [sic] de la víctima, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad»; STS 2946/2015 de 21 de mayo: «En segundo lugar el elemento instrumental u objetivo, por el que el agente asegure totalmente el resultado mediante la eliminación de las posibilidades de defensa de la víctima».

³⁷¹ El Código penal del 95 modificó la redacción del artículo de la alevosía (10.1) presente en el Código del 73, en el sentido de que la expresión “directa y especialmente” referida a la tendencia fue reemplazada en el 22.1 por “directa o especialmente”. SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «ARTÍCULO 22.1», págs. 834 y s.: «El concepto de alevosía que recoge el artículo 22.1 del Código penal vigente prácticamente no contiene variaciones respecto al artículo 10.1 del Código penal derogado. No obstante, la alevosía se recogió en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal con dos modificaciones respecto a este último: primera, la expresión ‘directa y especialmente’ se sustituyó por ‘directa o especialmente’ y, segunda, se añadió, *in fine* o ‘cuando el hecho se ejecuta sobre persona absolutamente indefensa’. El vigente artículo 22.1 C.p. ha mantenido la primera modificación [...]»

³⁷² Excepción hecha de los desvalidos a ellos se les pone directamente en riesgo cuando se elimina la defensa de un tercero, porque no pueden ejercer por sí mismos la defensa.

³⁷³ CASTELLÓ NICÁS, Nuria, «El asesinato y sus circunstancias», ob. cit., págs. 13: «La alevosía requiere la utilización de unos medios, modos o formas en la ejecución que aseguren el resultado deseado, exigiéndose que los medios empleados sean objetivamente adecuados para tal fin, no bastando con que esta creencia exista sólo en la mente del autor del hecho. Ello no supone, por el contrario, que toda utilización de medios peligrosos, en cuanto éstos incrementan la posibilidad de alcanzar el resultado, lleve a la calificación del hecho como asesinato, puesto que los medios peligrosos por sí solos no reúnen todas

de que por ejemplo el autor emplee como medio de eliminar la defensa para asegurar la muerte de su víctima el recitado de un encantamiento que logrará que ésta no pueda mover ni uno sólo de sus músculos, nos encontraremos ante una modalidad inidónea de alevosía, que impedirá apreciar la circunstancia, aunque el autor creyera en que con sus palabras mágicas aseguraría la muerte y ésta constituyera su finalidad.

En este sentido, es cierto que la alevosía no requiere que los medios aseguren la ejecución (producción del resultado), pero sí que tiendan *objetivamente* a hacerlo, lo que no ocurre cuando el autor meramente lo cree o desea. Por este motivo la alevosía no es,

las características que han de confluir en la alevosía». GÓMEZ RIVERO, Carmen, «Presupuestos y límite de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal», ob. cit., págs. 38 y s.: «[...] otra de las señas de identidad de la alevosía que parece desprenderse de la letra de la ley es la exigencia de que los medios, modos o formas empleados por el autor tengan capacidad objetiva para anular el riesgo de defensa del ofendido; esto es, de que al margen de las creencias subjetivas de aquél los medios que utilizan tengan *aptitud objetiva* para anular la reacción defensiva de la víctima ('que tiendan directa o especialmente a asegurarla'). Se excluyen así los supuestos en los que la maquinación del autor no pasa del plano de las intenciones, sin traducirse en circunstancias constatables objetiva o externamente». La jurisprudencia también está de acuerdo cuando se refiere al segundo requisito —el objetivo— necesario para estimar la alevosía: STS 1479/2010 de 2 de marzo, STS 4959/2010 de 17 de julio, STS 7333/2010 de 22 de diciembre, STS 3379/2011 de 13 de mayo, STS 3781/2011 de 23 de mayo, STS 3807/2012 de 22 de mayo, STS 4940/2012 de 25 de junio, STS 5136/2012 de 26 de junio, STS 8688/2012 de 3 de diciembre, STS 8678/2012 de 20 de diciembre de 2012, STS 347/2013 de 25 de enero y STS 1596/2015 de 14 de abril (y casi en los mismos términos STS 117/2010 de 19 de enero de 2010): «en segundo lugar, como requisito objetivo que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad»; STS 2039/2011 de 14 de abril, STS 5129/2011 de 28 de junio, STS 5144/2011 de 19 de julio, STS 7290/2011 de 2 de noviembre, STS 7689/2011 de 10 de noviembre, STS 5344/2012 de 11 de julio, STS 4775/2013 de 8 de octubre, STS 1465/2014 de 16 de abril, STS 2432/2014 de 10 de junio, STS 5083/2014 de 12 de diciembre, STS 5442/2014 de 26 de diciembre, STS 677/2015 de 25 de febrero, STS 824/2015 de 12 de marzo y STS 2446/2015 de 4 de mayo: «En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el 'modus operandi', que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad»; STS 2019/2010 de 22 de abril, STS 1954/2012 de 1 de febrero y STS 3899/2012 de 11 de mayo: «[que] se utilicen en su ejecución medios, modos o formas que sean objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad»; STS 1900/2013 de 8 de abril: «En segundo lugar, que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad»; STS 117/2010 de 19 de enero, STS 1569/2010 de 30 de marzo, STS 5289/2010 de 6 de octubre, STS 391/2011 de 27 de enero, STS 1845/2013 de 18 de abril, STS 2883/2013 de 17 de mayo, STS 4774/2013 de 2 de octubre y STS 269/2014 de 24 de enero: «En segundo lugar, que el autor ejecute los hechos empleando medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurar el resultado, precisamente mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad»; STS 5720/2013 de 18 de noviembre: «*en cuanto al modo de actuar que se utilices [sic] medios modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurar la ejecución, porque eliminen las posibilidades de defensa proveniente [sic] de la víctima, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad*».

como a veces se afirma, “una circunstancia de tendencia”³⁷⁴, si con ello se quiere decir que lo característico y decisivo en la alevosía es la finalidad o intención en el autor de asegurar el delito contra las personas, y que carece de relevancia alguna el que los medios empleados tiendan objetivamente o sean adecuados para el aseguramiento. De ahí que deba criticarse a quienes han mantenido posturas puramente subjetivas, entendiendo que la parte objetiva de la circunstancia tenía una importancia secundaria hasta el punto de que ni siquiera era necesario acreditarla cuando existiera una finalidad en el autor de asegurar el delito³⁷⁵. Un Derecho penal, concebido como el nuestro, sólo puede prohibir conductas en la medida que son objetivamente adecuadas o idóneas para producir lesiones en bienes jurídicos (personales en caso de la alevosía), y en cambio quedan fuera de su ámbito de competencia castigar las creencias o intenciones internas del sujeto que no se manifiestan de manera externa en riesgo alguno³⁷⁶.

³⁷⁴ ANTÓN ONECA, José / RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *Derecho Penal, Tomo I, Parte General*, ob. cit., pág. 352, se refiere a la alevosía como “agravante de tendencia”: «como hay delitos de tendencia, caracterizados porque la antijuricidad del hecho externo depende de la finalidad perseguida por el agente, así tenemos aquí una agravante de tendencia». GRACIA MARTÍN, Luis, en *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, ob. cit., pág. 108: «Según la opinión dominante estamos ante una circunstancia de tendencia. Es lo mismo que sucede con respecto a los elementos subjetivos en los delitos de tendencia». Igualmente CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, ob. cit., pág. 697 la denomina “circunstancia agravante de tendencia”, aunque matiza su posición al admitir que «es preciso que ex ante aparezca como no absolutamente improbable la consecución de dichos fines [asegurar la ejecución e impedir los riesgos procedentes de una posible defensa de la víctima]». Lo mismo de manera más explícita en PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 195, que la denomina “circunstancia de tendencia”, pero reconociendo que «junto a ello se precisa que esos medios o formas de ejecución sean objetivamente idóneos [...]».

³⁷⁵ CAMARGO HERNÁNDEZ, César, *La alevosía*, ob. cit., pág. 52: «El aseguramiento del hecho y la indefensión de la víctima, como elementos de la agravante de alevosía y dado su carácter subjetivo, desempeñan un papel secundario, objetivamente considerados; pues no basta con su concurrencia para la apreciación de la agravante, sino que han de ser intencionalmente buscados o aprovechados por el sujeto; y en cambio, cuando éste emplee medios que cree seguros y cuente con la indefensión de la víctima habrá que apreciar la agravante aunque en realidad, o sea objetivamente, no fuese así». FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código Penal, Tomo I*, ob. cit., pág. 338: «En cambio, deberá considerarse la acción como alevosa si el agente empleó medios que creía seguros y contaba con la indefensión de la víctima, aunque ni dichos medios fueran efectivamente seguros ni la víctima estuviese lo indefensa que el otro creía, ya que, como hemos dicho anteriormente, lo decisivo es que el sujeto tienda a ejecutar su delito de tal forma segura y a cubierto de la defensa del ofendido».

³⁷⁶ MIR PUIG, Santiago, «La perspectiva «ex ante» en el Derecho penal», ob. cit., pág. 12: «Un tal Derecho [el Derecho penal de un Estado democrático de Derecho] sólo se halla legitimado para prohibir y prevenir conductas externas en cuanto a su capacidad lesiva objetiva para los bienes jurídicos que debe proteger. No puede, en cambio, tener por objeto que el sujeto no ‘adopte decisiones’ contrarias a los bienes jurídicos, ya que el fuero interno no constituye el ámbito que persigue regular, que es sólo el de los procesos de interacción social». PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 195: «Nos hallamos pues ante una “circunstancia de tendencia” [...] No obstante junto a ello se precisa que esos medios o formas de ejecución sean objetivamente idóneos [...] : esta es la única conclusión coherente en un Derecho como el nuestro, que establece como requisito general para la punibilidad de un comportamiento su peligrosidad objetiva, según se pone ahora de manifiesto en el art. 16.1 para el caso de la tentativa». GÓMEZ RIVERO, Carmen, «Presupuestos y límite

Esto no significa, en ningún caso, que la perspectiva *subjetiva* no sea exigible una vez acreditada, desde el punto de vista *objetivo*, la idoneidad de «medios, modos o formas» para el aseguramiento. Si se quiere, acreditar la tendencia objetiva como idoneidad de los medios aparece como una condición *necesaria pero no suficiente* para la concurrencia de la circunstancia. Pues, además, siempre se requerirá, como se verá en el siguiente apartado, constatar el momento subjetivo de las representaciones e intenciones del autor.

2.3 Aspectos subjetivos de la alevosía

La necesidad de constatar una vertiente subjetiva de cara a la apreciación de la circunstancia de alevosía se hace evidente desde una interpretación sistemática de los artículos 14.2 y 65.2 del Código penal. En efecto, en primer lugar, el 14.2 establece que «el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación», de donde se sigue que la alevosía, que es tanto una circunstancia cualificante del homicidio como una agravante, debe ser, al menos, conocida, pues en caso de falta de conocimiento, es decir, de error, el Código impide su apreciación. Por otra parte, el artículo 65.2 vuelve a confirmar esta exigencia subjetiva en relación con la coautoría y participación delictiva al decir: «las [circunstancias agravantes o atenuantes] que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito»³⁷⁷. Entendiendo que la alevosía se clasifica, a

de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal», ob. cit., págs. 38 y s.: «Se excluyen [de la alevosía] así los supuestos en los que la maquinación del autor no pasa del plano de las intenciones, sin traducirse en circunstancias constatables objetiva o externamente. Porque bien podría extraerse sin dificultad de los principios generales básicos que inspiran el Derecho penal, un Derecho que hace tiempo renunció a castigar las meras intenciones que no se acompañan de una peligrosidad, si no real, sí al menos potencial». En sentido parecido podría apelarse al argumento de GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio», ob. cit., pág. 204, de que: «las consideraciones sobre la mayor o menor reprochabilidad del sujeto carecen de trascendencia si no se han traducido en un hecho que el legislador ha convertido expresamente en un elemento del tipo», y resulta que, en la descripción típica del artículo 22.1, se hace referencia a las intenciones o finalidades del autor, sino a la tendencia a asegurar la ejecución de los «medios, modos o formas» (idoneidad objetiva).

³⁷⁷ Esto no significa que del resto de circunstancias agravantes —las que no consisten en la ejecución o en los medios empleados sino en causas personales— no requieran de conocimiento, puesto que ya sabemos por el artículo 14.2 que todas las circunstancias agravantes exigen conocimiento. Lo que quiere decir el Código, y lo dice en el artículo 65.1, es que respecto a las circunstancias agravantes que consisten en causas personales no basta con el conocimiento sino que se necesita además que concurran en aquel en quien serán apreciadas.

causa de su propia definición legal del artículo 22.1, como una circunstancia en la que se emplean medios (modos o formas), encontramos de nuevo en el artículo 65.2 la exigencia de, al menos, su conocimiento para poderla apreciar como agravante.

2.3 a) El doble objeto del dolo

Si los artículos anteriores ponen de manifiesto la necesidad de un momento cognoscitivo en la alevosía, el verdadero interés se encuentra en averiguar si el mero conocimiento completa el aspecto subjetivo de la alevosía o si en cambio se requiere además una componente volitiva, y la cuestión se suscita en qué tipo de dolo es necesario respecto de la alevosía³⁷⁸. Sin embargo, para poder resolver esta cuestión es preciso antes tomar en cuenta que el dolo en la alevosía tiene un doble objeto en función de los dos tipos (formal y material) de elementos objetivos que componen la circunstancia. La subjetividad del autor alevoso, por tanto, no sólo debe extenderse a *cómo* se comete *formalmente* el delito alevoso —mediante el empleo de medios, modos o formas que eliminan la defensa— sino también debe recaer sobre *qué* se comete o asegura *materialmente* en el delito alevoso —un delito contra las personas—.

La necesidad de un doble objeto del dolo dirigido a cada uno de los elementos objetivos de alevosía —a) *cómo* se comete el delito y b) *qué* delito se comete— fue ya reconocida en su tiempo por QUINTANO RIPOLLÉS en relación con el delito de asesinato,

³⁷⁸ Tradicionalmente los autores han estado de acuerdo en que el conocimiento no es suficiente por sí mismo, sino que debe ir acompañado por la voluntad: CAMARGO HERNÁNDEZ, César, *La alevosía*, ob. cit., pág. 50: «En esta circunstancia han de concurrir los dos elementos intelectual y volitivo. La indefensión de la víctima y el aseguramiento del hecho han de ser queridos y conocidos por el autor del delito». ALTÉS MARTÍ, Miguél Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 155: «En consecuencia, el elemento subjetivo, en sus dos formas de manifestarse, de aprovechamiento de la ocasión favorable o de buscar los medios conducentes a tal fin [sic], supone siempre la representación por el sujeto activo, de tales medios o circunstancias concurrentes, junto a la voluntad consciente de su empleo, a tal fin [sic]. Requiere en suma, no sólo la representación, sino también la voluntariedad. Y en este sentido supone por un lado el conocimiento de que ciertas formas de comisión del hecho, tienden directamente a producir la indefensión de la víctima y por otro lado la intención de utilizarlos con ese fin [sic], ya que en definitiva todo acto de voluntad presupone el previo conocimiento». MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 71: «El concurso de la consciencia y de la voluntariedad ha de proyectarse, según el texto legal, al aseguramiento de la ejecución y a eludir el riesgo para la persona del sujeto activo procedente de la defensa que pudiera hacer el ofendido». CÓRDOBA RODA, Juan, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 271: «El núm. 1 del art. 22 configura como agravante una determinada acción, a saber, la interposición de medios tendentes a asegurar la ejecución del delito sin riesgo proveniente de la posible defensa de ofendido. Dada su cualidad de acción, la realización de la referida conducta debe responder a la consciente voluntad del sujeto; esto es, el agente debe haber querido aplicar una modalidad ejecutiva idónea para el indicado aseguramiento».

siguiendo a FERRER SAMA³⁷⁹: «Creo que acierta FERRER SAMA al sostener que la circunstancia cualificativa ha de ser abarcada por el dolo del autor, lo que vale tanto como requerir un dolo específico, siquiera sea final y modal a la vez, un dolo reduplicado, por decirlo así, que es, a mi modo de ver, lo que imposibilita en absoluto las calificaciones culposas del asesinato, y en buena doctrina también las de dolo eventual^[380] y de mero resultado, como luego se verá. En el asesinato, en efecto, no basta con querer matar a X, como en la simplicidad del homicidio, sino que es menester *además* querer matarlo premeditadamente, a traición, etc..., sin lo cual el tipo no surge, o no debiera surgir, aunque objetivamente la circunstancia concurra. Así, por ejemplo, la muerte de un ciego es en un principio alevé y constituye generalmente asesinato, pero si se ocasionó en un momento de ira provocado por la víctima en reyerta, la calificación correcta sería la de simple homicidio con la agravante de abuso de superioridad que no cualifica. Otro tanto sucedería en la muerte del soldado o del obrero fabricante de explosivos que en riña agrediese a su compañero con una bomba de mano, que instrumental y objetivamente obligaría a la calificación de asesinato»³⁸¹.

³⁷⁹ Le han seguido COBO DEL ROSAL, Manuel / CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «El delito de asesinato. Consideraciones sobre el delito de asesinato», ob. cit., pág. 82: «El dolo deberá abarcar tanto el resultado cuanto la concurrencia del aspecto objetivo de las circunstancias». ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, ob. cit., págs. 78 y s.: «Además, puesto que el dolo ha de extenderse a todo el tipo objetivo, habrá de abarcar no sólo el resultado, sino también las circunstancias del art. 139 que concurran en el hecho».

³⁸⁰ Sin embargo esta última consecuencia extraída por el autor del dolo (re)duplicado no parece necesaria. Al contrario, como se verá, nuestro Tribunal Supremo emplea la idea de un doble objeto del dolo para justificar la posibilidad de alevosía en supuestos de dolo eventual. De cualquier manera, téngase en cuenta que QUINTANO RIPOLLÉS (*Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, I Infracciones contra la persona en su realidad física*, ob. cit., pág. 248 y s.) rechaza la posibilidad en el asesinato de dolo eventual en cuanto que éste se entienda «a modo de los delitos cualificados por el resultado», pero la admite «si por tal ha de entenderse, como en la doctrina germánica prevalente, el de probabilidad consentida».

³⁸¹ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, I Infracciones contra la persona en su realidad física*, ob. cit., pág. 245 y s. Sin embargo el autor deduce de lo dicho arriba consecuencias respecto al parricidio que, a mi juicio, no son compartibles para los supuestos de alevosía, págs. 176 y s.: «Las consecuencias de la especificidad, o, mejor aún, de la condición final genuina y reduplicada del dolo, son múltiples y de suma importancia teórica y práctica. La primera es la dificultad y, a mi modo de ver, imposibilidad de operar el dolo eventual, y en seguida la de absoluta improcedencia de calificaciones culposas del parricidio [...] [en adelante pág. 177] un farmacéutico que originase la muerte de su padre haciéndole ingerir un veneno en vez de un específico, con infracción de las normas reglamentarias, pero sin propósito de matar, es incuestionable que entraría en juego dicho artículo 348 y jamás el de parricidio del 405. Lo mismo cabría decir del que suministrase al padre sustancias corrompidas o nocivas por mero ánimo de lucro y no con el de causarle la muerte. O el del que causa la muerte a la madre o esposa en ocasión de su aborto. Aún me atrevo a pensar que quien dispara contra una multitud sabiendo que en ella está su padre, y lo mata sin querer concretamente matarle, incurre en delito de homicidio y no el específico de parricidio, bien que esta opinión no sea segura, pues habría que considerar muchos otros factores de hecho impropios de un ejemplo abstracto».

También en las sentencias de nuestra jurisprudencia se exige que el dolo se extienda en los supuestos alevosos —normalmente en casos de asesinato— sobre un doble objeto —cómo se comete: eliminando la defensa, y qué delito se comete: un delito contra las personas—. En este sentido conviene citar, por su especial claridad, la descripción del requisito subjetivo de la alevosía formulada en la STS 4545/1994 de 13 de Junio: «Un elemento subjetivo, que no es sino la aplicación al caso del dolo como requisito necesario en todos los delitos dolosos, consistente en que la voluntad consciente del agente ha de abarcar no sólo el hecho de la muerte de una persona, sino también la circunstancia de que ésta se ejecuta a través de una agresión que elimina las posibilidades de defensa del ofendido».

Pero la necesidad del doble objeto del dolo en la alevosía también aparece en otras sentencias más recientes apelando a un largo historial jurisprudencial, como ocurre en la STS 2563/2010 de 14 de mayo: «La doctrina de esta Sala manifestada con reiteración (SSTS de 9-2-89, 19-4-89, 26-10-89, 24-11-89, 23-1-90, 28-2-90, 29-6-90, 22-9-90, 15-10-90, 19-1-91, 15-4-91, 22-7-91 y 18-10-91, 15-2-93, 8-3-94, 10-6-94, 3-2-95, 6-4-95, 18-3-96, 3-3-97, 9-7-97, 2-12-97, 18-6-98 y 24-4-2000, entre otras muchas) pone de relieve la particular significación que tiene el dolo en el asesinato, al ser necesario que el conocimiento y la voluntad del autor del delito abarque no sólo el hecho de la muerte, sino también el particular modo en que la alevosía se manifiesta, pues el sujeto ha de querer el homicidio y ha de querer también realizarlo con la concreta indefensión de que se trate, requisito que ha de concurrir en este delito como en cualquier otro de carácter doloso, que aparece recogido en el texto legal con la expresión ‘tiendan directa y especialmente a asegurarla’»³⁸².

³⁸² En términos prácticamente idénticos STS 3967/2010 de 29 de junio: «Asimismo, ha de ponerse de relieve la particular significación que tiene el dolo en esta forma peculiar de asesinato, al ser necesario que el conocimiento y la voluntad del autor del delito abarque no sólo el hecho de la muerte, sino también el particular modo en que la alevosía se manifiesta, pues el sujeto ha de conocer el homicidio y ha de conocer también que lo realiza con la concreta indefensión de que se trate, y obrar en consecuencia (voluntad) requisito que ha de concurrir en este delito como en cualquier otro de carácter doloso, el cual aparece recogido en el texto legal (art. 22.1ª) con la expresión ‘tiendan directa y especialmente a asegurarla’. En estos términos se viene manifestando con reiteración la doctrina de esta Sala (Sentencias de 9-2-89, 19-4-89, 26-10-89, 24-11-89, 23-1-90, 28-2-90, 29-6-90, 22-9-90, 15-10-90, 19-1-91, 15-4-91, 22-7-91 y 18-10-91, 15-2-93, 8-3-94, 10-6-94, 3-2-95, 6-4-95, 6.5.1996, 7.2.1997, 17.9.98, 24.9.1999, 19.5.2000, 31.12.2001, 9.12.2002, 26.9.2003, 24.2.2004, 13.10.2004, 2.11.2004, 7.12.2005, 19.5.2006, 20.12.2006 y 29.1.2009, entre otras muchas)». También véase STS 4302/2011 de 17 de junio: «[...] en cuanto a la culpabilidad: la presencia no solamente del dolo proyectado sobre la acción del agente, sino además un ánimo tendencial dirigido hacia la indefensión del sujeto pasivo del delito, y mediante el cual, se pone de relieve cierta vileza o cobardía en el obrar»; STS 7804/2012 de 7 de noviembre y STS

En aplicación del criterio del doble objeto del dolo, en el conocido caso de la muerte de Marta del Castillo, recogido en la STS 178/2013 de 29 de enero, el Tribunal Supremo tuvo en cuenta para la apreciación de la alevosía tanto el dolo dirigido a la muerte (delito materialmente cometido) como el relativo al modo alevoso de causarla (forma de cometerlo): «Menos aún [se excluye la alevosía] cuando [la agresión] se dirige directamente, sin previo aviso físico o verbal, a una región corporal con escasa resistencia a los golpes, como es la sien, cercana al cráneo y con tan poca proporción de hueso craneal que resulta particularmente sensible frente a impactos de entidad como el que aquí se describe. La idoneidad del instrumento empleado por el recurrente [un cenicero grueso de cristal grueso y cilíndrico] y del golpe asestado está fuera de toda duda, pues el hecho probado afirma que Luz Marina [Marta del Castillo] cayó automáticamente al suelo y que su muerte fue instantánea, sin solución de continuidad. Por ello, más allá del dolo de dar muerte que admite el recurrente, ha de estimarse concurrente en su acción —tal y como entendió la Sala de instancia— el dolo específico de coger desprevenida a la víctima [...] Por otro lado, la zona elegida por el procesado para dirigir el fuerte impacto lleva a estimar asimismo concurrente el dolo específico que precisa la alevosía como elemento subjetivo. El acometimiento descrito y el instrumento empleado en su ejecución resultaron igualmente idóneos para lograr el más fácil resultado, cogiendo totalmente por sorpresa a Luz Marina, que, como decimos, no tuvo mínima opción de autoprotegerse»³⁸³.

El interés del dolo del doble objeto del dolo, como se verá, se presenta no sólo en relación con la posibilidad —a diferencia de lo que pensaba QUINTANO RIPOLLÉS— de admitir una comisión doloso-eventual en la alevosía, sino también respecto de la comunicabilidad de la circunstancia en los supuestos de participación. En cuanto a la primera cuestión, el dolo duplicado ha permitido a la jurisprudencia sostener que el autor puede abarcar con dolo directo la forma como comete el delito (eliminando la

1276/2013 de 27 de enero: «el dolo del agente debe proyectarse tanto sobre la acción como sobre la indefensión del ofendido»; STS 2699/2014 de 1 de julio: «La alevosía, cuya concurrencia transfigura el homicidio en asesinato, ofrece dos aspectos complementarios que patentizan su carácter mixto, pues su vertiente objetiva consiste en un ‘modus operandi’ que asegura el resultado, elimina la posible defensa de la víctima, y en consecuencia, evita riesgos al agente, mientras que en su faceta subjetiva incluye un componente teleológico, que se traduce en que el dolo del agente ha de proyectarse tanto sobre la acción en sí como sobre la indefensión de la víctima (Sentencias de 27 mayo y 26 marzo 1991), bien entendido que la situación no precisa ser creada o buscada de propósito porque basta su aprovechamiento».

³⁸³ Obviamente los nombres están cambiados en la sentencia.

defensa), y sin embargo presentar sólo dolo eventual respecto al delito contra las personas (por ejemplo no tener intención de matar, pero conocer el riesgo concreto de hacerlo)³⁸⁴. En cuanto a la participación, el Tribunal Supremo ha entendido igualmente que el partícipe puede conocer que se va a cometer un delito contra las personas (por ejemplo matar), pero que se considere que respecto a él no concurre la circunstancia porque ignore cómo se ejecutará el hecho (eliminando la defensa)³⁸⁵.

³⁸⁴ STS 7333/2010 de 22 de diciembre: «Se desvirtúa así la tesis que se expone en la sentencia recurrida, en la que se rechaza la compatibilidad entre el dolo eventual y el delito de asesinato con el argumento que el elemento subjetivo de la alevosía no puede darse cuando se agrede con dolo eventual. En contra de lo que se dice en la resolución impugnada, y tal como se sostiene por la jurisprudencia más reciente, puede actuarse con dolo directo a la hora de elegir o seleccionar los medios de ejecución de la agresión y al mismo tiempo actuar con dolo eventual con respecto a la muerte de la víctima. Pues el asegurar la acción agresora no comporta necesariamente que se asegure con el fin específico o la intención directa de matar, sino que se puede actuar sólo con el fin de causar un peligro concreto de muerte, asumiendo el probable resultado. De modo que la selección del medio y de la forma de ejecución puede ser muy intencionada y planificada, y, en cambio, el fin que conlleva ese medio puede quedar más difuminado o abierto para el sujeto agresor, por no tener un especial interés o una directa intención de asegurar el resultado concreto de muerte. Lo cual no quiere decir que no lo asuma o acepte dado el riesgo elevado que genera con su acción (dolo eventual). Y ello es lo que sucedió en el presente caso, toda vez que los acusados planificaron una acción agresora mediante la que eliminaban la reacción defensiva de la víctima y aseguraban al mismo tiempo la agresión sin riesgo para sus personas. Sin que los medios utilizados conllevaran de forma necesaria la muerte del agredido, aunque sí un peligro concreto y elevado de que ello pudiera acabar sucediendo. Por todo lo cual, los hechos sí deben ser calificados como alevosos y subsumibles en el delito de asesinato previsto en el art. 139.1º del C. Penal»; STS 3344/2013 de 16 de mayo: «partiendo de que el dolo interviniente fuera el eventual, al aceptar la Audiencia en el último párrafo del fundamento tercero que resulta *defendible y no descabellado considerar una alevosía sorpresiva*, a tal aserto debemos estar, porque siendo la razón única la duda sobre la compatibilidad entre alevosía y dolo eventual, la jurisprudencia más moderna de esta Sala, intensificada desde la sentencia nº 175/2004 de 13 de febrero, mantiene con reiteración la tesis de su concurrencia al distinguir el dolo con que se ejecuta la acción alevosa y el concurrente respecto al resultado de la acción agresiva. En este mismo sentido cabe citar las SS.TS. 415/2004 de 25 de marzo, 653/2004 de 24 de mayo, 1229/2005 de 19 de octubre ; 21/207 de 19 de enero, 466/2007 de 24 de mayo 803/2007 de 27 de septiembre, 743/2000 de 14 de octubre ; 678/2008 de 30 de octubre, 138/2010 de 10 de marzo, etc.»; STS 2432/2014 de 10 de junio: «En efecto en cuanto a la posibilidad de apreciar la alevosía en casos de dolo eventual esta Sala, SSTs. 1180/2010 de 22.12, 460/2010 de 14.5, 138/2010 de 10.3, ha afirmado que ‘hace bastante tiempo se sustentaban dos tesis contrapuestas en esta Sala, pero no es menos cierto el hecho inconcluso de que en los últimos años se ha ido imponiendo de forma rotunda la aceptación de esa dualidad conceptual (asesinato y dolo eventual), como lo atestigua la corriente jurisprudencial más moderna (SSTS 2615/1993, de 20 de diciembre; 975/1996, de 21 de enero de 1997; 1006/1999, de 21 de junio; 1011/2001, de 4 de junio; 1010/2002, de 3 de junio; 1804/2002, de 31 de octubre; 71/2003, de 20 de enero; 1166/2003, de 26 de septiembre; 119/2004, de 2 de febrero; 239/2004, de 18 de febrero; 415/2004, de 25 de marzo; 653/2004, de 24 de mayo; 1229/2005, de 19 de octubre; 21/2007, de 19 de enero; 466/2007, de 24 de mayo; 803/2007, de 27 de septiembre; 743/2008, de 14 de octubre; 678/2008, de 30 de octubre; 437/2009 de 22 de abril; 543/2009 de 12 de mayo), y es precisamente con apoyo en la distinción entre el dolo referido a los medios comisivos tendentes a asegurar la ejecución del hecho proyectado, sin riesgo para el ejecutor proveniente de la víctima (dolo directo), y el dolo referido a propósito de causar una muerte (en este caso unas lesiones muy graves), bien directamente, de modo indirecto (dolo de consecuencias necesarias) o a través de dolo eventual’. Por tanto puede actuarse con dolo directo a la hora de elegir o seleccionar los medios de ejecución de la agresión y al mismo tiempo actuar con dolo eventual con respecto a la muerte de la víctima. Pues asegurar la acción agresiva no comporta necesariamente que se asegure con el fin específico o la intención directa de matar, sino que se puede actuar solo con el fin de causar un peligro

i) El aspecto subjetivo de los elementos formales de la alevosía

Comenzaré por el análisis del elemento subjetivo referido a la *forma* de la alevosía (cómo se comete el delito). El autor debe abarcar, en primer lugar, la *forma* de comisión alevosa, es decir, que en la comisión del delito i) emplea «medios, modos o formas» que ii) eliminan la defensa del ofendido. La cuestión es ahora si esa vertiente subjetiva del autor queda reducida a su conocimiento del empleo de «medios, modos o formas» de eliminar la defensa o incorpora además su voluntad de emplearlos. Acerca de esta cuestión la doctrina ha considerado que siempre es exigible tanto el momento

concreto de muerte, asumiendo el probable resultado. De modo que la selección del medio y de la forma de ejecución puede ser muy intencionada y planificada, y en cambio, el fin que conlleva ese hecho puede quedar más difuminado o abierto para el sujeto agresor, por no tener un especial interés o una directa intención de asegurar el resultado concreto de muerte. Lo cual no quiere decir que no lo asume o acepte dado el riesgo elevado que genera con su acción (dolo eventual)»; STS 269/2014 de 24 de enero: «En cuanto a la compatibilidad de la alevosía con el dolo eventual, en los términos en los que es planteada, la jurisprudencia no ha sido unánime, tal como se refleja en el motivo. Sin embargo, como el propio recurrente reconoce, existen sentencias de esta Sala que, siguiendo la línea mayoritaria y sin desconocer las características de cada caso, han afirmado que la alevosía se refiere al aseguramiento de la ejecución, tanto si el dolo respecto del resultado mortal es directo como si es eventual. En este sentido, luego de recordar que ‘... en los últimos años se ha ido imponiendo de forma rotunda la aceptación de esa dualidad conceptual (asesinato y dolo eventual), como lo atestigua la corriente jurisprudencial más moderna...’, se razona en la STS nº 1180/2010 lo siguiente: ‘... tal como se sostiene por la jurisprudencia más reciente, puede actuarse con dolo directo a la hora de elegir o seleccionar los medios de ejecución de la agresión y al mismo tiempo actuar con dolo eventual con respecto a la muerte de la víctima. Pues el asegurar la acción agresora no comporta necesariamente que se asegure con el fin específico o la intención directa de matar, sino que se puede actuar sólo con el fin de causar un peligro concreto de muerte, asumiendo el probable resultado. De modo que la selección del medio y de la forma de ejecución puede ser muy intencionada y planificada, y, en cambio, el fin que conlleva ese medio puede quedar más difuminado o abierto para el sujeto agresor, por no tener un especial interés o una directa intención de asegurar el resultado concreto de muerte. Lo cual no quiere decir que no lo asuma o acepte dado el riesgo elevado que genera con su acción (dolo eventual)’».

³⁸⁵ STS 3340/2011 de 12 de mayo: «En el motivo tercero, con apoyo en el artículo 5.4 de la LOPJ y en el artículo 852 de la LECrim, denuncia vulneración del artículo 24 de la Constitución. Sostiene que el razonamiento y la inferencia lógica tienen que ser los mismos para la alevosía y para el ánimo de matar, por lo que descartada por el Tribunal la primera igualmente deberá hacerlo con el segundo. 1. La alevosía contempla la forma de ejecución del hecho para agravar la responsabilidad criminal y, concretamente en el caso del homicidio, para transformarlo legalmente en asesinato. Es posible conocer la alta probabilidad de ejecución de un ataque con un arma potencialmente mortal, lo que implica la creación de alto riesgo de causar la muerte, y contribuir a ello, y desconocer al mismo tiempo las concretas particularidades de la forma en que tal ataque se va a concretar. 2. En el caso, el Tribunal entiende que el recurrente sabía que el coacusado, desde que sacó el arma de la guantera y la montó, se disponía a utilizarla contra la persona a la que habían confundido con uno de los que antes les habían agredido y a quienes habían venido a buscar con la evidente finalidad de devolver la agresión. De estos datos concluye que el recurrente aceptó la evidente probabilidad de que se ejecutara una agresión con empleo del arma y, por lo tanto, dadas sus características que aceptó igualmente la probabilidad de un resultado de muerte. Sin embargo, entiende también que el carácter sorpresivo del ataque no estaba pactado ni tampoco era inevitable, pues pudo haber sido precedido de amenazas o intimaciones que excluyeran la alevosía en tanto concretada en un ataque sorpresivo. Esta última consideración, que excluye la aplicación de la alevosía, no puede conducir al tiempo a excluir el ánimo de matar, pues mientras éste se refiere a la entidad y finalidad de la agresión, aquella atiende a la forma en que se ejecuta en relación a las posibilidades de defensa del atacado. Por lo tanto, el motivo se desestima».

cognoscitivo como el volitivo³⁸⁶ en cualquiera de las dos manifestaciones que tradicionalmente se han distinguido, del elemento subjetivo: a) que el autor busque de propósito la indefensión o b) que se aproveche de una situación de indefensión dada³⁸⁷.

Respecto a la primera forma de manifestación subjetiva, parece acertado mantener que el buscar de propósito la indefensión es equivalente a un momento volitivo en el autor. El problema de esta interpretación, sin embargo, consiste en que el artículo 22.1 no castiga el mero *propósito* del autor de buscar la indefensión, sino la falta de defensa *efectiva* provocada por el autor. Esto significa que no basta con que el autor se proponga la indefensión como un objetivo al que se dirige, sino que es necesario que la indefensión se verifique como un hecho objetivo. Como ya dijimos, la eliminación de la defensa no forma parte de la tendencia aludida en el 22.1; los «medios, modos o formas» no deben *tender* a la indefensión sin acaso conseguirla, sino que es necesario que *efectivamente* la provoquen. Por este motivo carece de interés el *propósito* o la *voluntad* que el autor tuviera acerca de la indefensión, mientras que lo relevante está en su *consciencia* de que los medios, modos, formas que emplea eliminan *realmente* la defensa.

³⁸⁶ ALTÉS MARTÍ, Miguél Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 155: «En consecuencia, el elemento subjetivo, en sus dos formas de manifestarse, de aprovechamiento de la ocasión favorable o de buscar los medios conducentes a tal fin [sic], supone siempre la representación por el sujeto activo, de tales medios o circunstancias concurrentes, junto a la voluntad consciente de su empleo, a tal fin [sic]». En sentido parecido MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., págs. 70 y s., y SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., págs. 898 y ss.

³⁸⁷ ALTÉS MARTÍ, Miguél Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 151 y s.: «[...] tanto la jurisprudencia como la doctrina admiten dos formas de manifestarse este elemento [el subjetivo], o bien la búsqueda intencionada y consciente de medios tendentes a tal fin [sic], o bien el aprovechamiento de la situación favorable para la mejor comisión del hecho». CAMARGO HERNÁNDEZ, César, *La alevosía*, ob. cit., págs. 49 y s.: «La indefensión de la víctima y el aseguramiento del hecho han de ser intencionalmente buscados o aprovechados por el culpable para que pueda ser apreciada esta agravante dada su naturaleza eminentemente subjetiva [...]». PUIG PEÑA, Federico, «Alevosía», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo II, ob. cit., pág. 559: «Resulta hoy casi una enseñanza general la de que la alevosía no puede darse con el absoluto objetivismo de la simple realidad de los hechos, sino que tiene que pasar por el tamiz de la culpabilidad, bien en forma de circunstancia *buscada* por el culpable para la eliminación del riesgo de reacción de la víctima, bien en forma de circunstancia *meramente aprovechada* por el que, sin buscarla, la encuentra a sus manos y la utiliza para el aseguramiento del hecho sin peligro para persona». FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código Penal, Tomo I*, ob. cit., págs. 337 y s.: «Ratificando la jurisprudencia del Tribunal Supremo el criterio que venimos exponiendo, se ha manifestado en repetidas ocasiones en el sentido de que es preciso, bien que el sujeto busque el aseguramiento e indefensión, bien que se aproveche de las circunstancias, con lo cual queda eliminada la apreciación de alevosía si el mismo ignora la situación en que ejecuta su conducta». ARIAS EIBE, Manuel José, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», ob. cit., 2005, pág. 6: «Para la apreciación de esta circunstancia [alevosía] es precisa la concurrencia de un elemento subjetivo o intencional del agente, de suerte que con su conducta busque o se aproveche de la indefensión de la víctima, representándose de esa forma la facilidad de su perpetración».

En segundo lugar, cuando se habla, como la otra manifestación subjetiva de la alevosía, del “aprovechamiento” de la indefensión parece en cambio que se está, pese a lo que se diga³⁸⁸, muy lejos de cualquier aspecto volitivo del autor. Con este término se da a entender que la indefensión es simplemente un hecho objetivo dado, que el autor conoce y del que se aprovecha, pero que precisamente porque se lo ha encontrado dado no constituyó ni su propósito ni su voluntad provocar³⁸⁹. En cualquier caso, es preferible rechazar la utilización del verbo “aprovechar” para reflejar la vertiente subjetiva del autor alevoso, porque resulta extremadamente dudoso que el significado de este verbo encaje dentro de la literalidad del «emplear medios, modos o formas» del artículo 22.1. Porque el que aprovecha, se encuentra con una situación de indefensión que él no ha causado, de ahí que su provecho radique en que no ha necesitado emplearse para

³⁸⁸ SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., págs. 898 y s.: «[...] la bibliografía estudia si en todos los supuestos es necesario el elemento volitivo, o no, planteándose la duda en los supuestos de alevosía de aprovechamiento [...] A mi modo de ver, sin embargo, tal duda no debiera siquiera plantearse si no queremos entrar, como ya he señalado, en un Derecho penal sin culpabilidad». Sobre este argumento de SEGRELLES DE ARENAZA debe decirse que no se viola el principio de culpabilidad cuando existe imprudencia, en la que evidentemente no concurre voluntad alguna del autor. Tampoco convence MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit. pág. 71: «A nuestro juicio, la propia idea del aprovechamiento de las situaciones de indefensión y aseguramiento envuelva, sin duda, una noción de voluntariedad. Aprovechar es emplear útilmente una cosa, según el Diccionario de la Lengua Española, y emplear es destinar o hacer servir algo para algún fin, lo que presupone una volición. Así pues, resulta preciso, incluso es inherente al ‘aprovechamiento’, el elemento volitivo». Es cierto que la indefensión se puede emplear o aprovechar *para asegurar la comisión*, pero eso no elimina el hecho de que el autor ni ha querido la *indefensión misma* ni ha empleado medios, modos o formas de obtenerla, sino que simplemente se la ha encontrado dada.

³⁸⁹ En desacuerdo parecería estar BISACCI, Maria Chiara, «L’elemento soggettivo nella aggravante della minorata difesa», ob. cit., cuando se refiere al verbo “aprovechar” [*profittare*] presente en la regulación de la circunstancia agravante común de defensa disminuida [*minorata difesa*] del artículo 61.5 del Código penal italiano (: «el haber aprovechado las circunstancias de tiempo, lugar o persona tales de obstaculizar la defensa pública o privada [*l’aver profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona tali da ostacolare la pubblica o privata difesa*]]», así en la pág. 502: «‘Aprovechar’ no viene a significar el mero beneficiarse de determinadas situaciones, sino que es un término cargado subjetivamente que implica la necesidad de que el comportamiento de quien saca ventaja sea acompañado de una actitud psicológica [...] el término ‘aprovechar’ implica *in primis* un momento cognoscitivo en cuanto que para poder sacar ventaja de una situación se necesita conocerla [...] En segundo lugar el término ‘aprovechar’ implica un *quid pluris* respecto del simple conocimiento, implica un momento volitivo. Según la interpretación que ha sido dada a tal término necesita que el sujeto haya querido intencionalmente sacar ventaja de la situación de defensa disminuida [*«Profittare non sta a significare il mero beneficiare di determinate situazioni, ma è un termine soggettivamente pregnante implicante la necessità che il comportamento di chi trae vantaggio sia accompagnato da un atteggiamento psicologico [...] il termine «profittare» implichi in primis un momento conoscitivo in quanto per poter trarre vantaggio da una situazione occorre conoscerla [...] In secondo luogo il termine «profittare» implica un quid pluris rispetto alla semplice conoscenza, implica un momento volitivo. Secondo l’interpretazione che è stata data a tale termine occorre che il soggetto abbia voluto intenzionalmente avvantaggiarsi della situazione di minorata difesa*]]. En realidad la posición de la autora no está en contra de lo arriba dicho, porque si bien hay que reconocer que el autor *quiere* aprovecharse de la indefensión, no deja de ser cierto que éste *no ha querido* la indefensión y que *sin haberla querido* se la encuentra dada, y por eso la aprovecha.

obtenerla³⁹⁰. Cosa muy distinta exige el 22.1 cuando establece que la indefensión se consigue al costo del empleo por el autor de «medios, modos o formas» de ejecución. Esto resulta todavía más claro cuando se compara al artículo de la alevosía con el 22.2. Como ha señalado GÓMEZ RIVERO, en este último artículo, que ha sido llamado por la jurisprudencia «una alevosía de segundo grado»³⁹¹, el legislador parece haber querido utilizar la forma verbal “aprovechando” para distinguirlo de la alevosía, en cuyo artículo a diferencia utiliza la forma “empleando”; así mientras el 22.1 habla de «empleado en la ejecución medios, modos o formas», el artículo 22.1 remite a «ejecutar el hecho [...] aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras persona»³⁹².

En cualquier caso, pienso que hoy en día resultaría conveniente abandonar el uso de la oposición *buscar de propósito/aprovechar* para indicar las manifestaciones del elemento subjetivo respecto al elemento *formal* de la indefensión. Parece que en sus orígenes esta oposición constituyó un intento de diferenciar la alevosía de la antigua circunstancia de premeditación. Así se consideraba que la estimación de la alevosía no requería que la situación de indefensión fuera *buscada de propósito* (o premeditada), sino que bastaba con su *aprovechamiento*. En este sentido era utilizada la oposición en

³⁹⁰ ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, ob. cit., pág. 450, referido también a la circunstancia de defensa disminuida afirma: «Aprovechar significa sacar ventaja intencionalmente de una condición favorable [...] [*Profittare significa avvantaggiarsi intenzionalmente di una condizione favorevole* [...]»]. ALLEGRA, Giuliano, «Sulle ‘Circostanze di persona’ del n. 5 dell’art. 61 C.P.», ob. cit., pág. 189: «[...] el ‘aprovecharse’ que no puede referirse si no a situaciones extrínsecas al agente [...] *il ‘profittare’ che non può riferirsi se non a situazioni estrinseche all’agente*».

³⁹¹ GÓMEZ RIVERO, Carmen, «Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código Penal», ob. cit., pág. 37.

³⁹² GÓMEZ RIVERO, Carmen, «Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código Penal», ob. cit., pág. 40: «[...] mientras en la alevosía la conducta consiste en *emplear* ciertos medios, modos o formas de ejecución, cuando el legislador define la agravante 2 del artículo 22 se refiere a *aprovechar* determinadas circunstancias que facilitan la ejecución del delito o garantizan su éxito. «Emplear» y «aprovechar» aparecen así como los dos verbos sobre los que pivotan las respectivas conductas típicas, verbos cuyo empleo diferenciado sólo puede tener cabalmente el sentido de marcar los respectivos ámbitos de aplicación de cada circunstancia». MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 490: «El segundo grupo de circunstancias objetivas se caracteriza por la situación de indefensión o inferioridad de la víctima. [...] A su vez, tal situación puede producirse porque el responsable *interponga* medios o formas de ejecución tendentes a asegurarla o bien porque *se aproveche* de una situación de inferioridad ya existente en la víctima. El paradigma de ellos primero es la circunstancia de *alevosía* [...] En cambio, el aprovechamiento de situaciones ya dadas por las que la víctima tiene menores posibilidades de defenderse es reconducible al *abuso de superioridad* y al *aprovechamiento* de circunstancias de circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas [...] La distinción entre la interposición de medios alevosos y el aprovechamiento de situaciones de inferioridad de la víctima es importante porque en ocasiones se ha confundido el ámbito de aplicación de unas y otras. Así, la jurisprudencia ha estimado frecuentemente que la muerte de un niño siempre es alevoso (calificándola, por tanto, como asesinato, art. 139 Cp), cuando en realidad, si sólo existe la inferioridad propia de la edad —sin la interposición de medios alevosos— debe acudirse a la circunstancia de abuso de superioridad».

autores como QUINTANO RIPOLLÉS: «La tesis de la independencia de la alevosía frente a la premeditación, que fue la de CARRARA, tiene como inmediata secuela el que las situaciones de asesinato alevoso no precisen siquiera que la ocasión que lo caracteriza haya sido buscada de propósito, bastando su aprovechamiento (Ss. 8-II-1910, 5-X-1930, 12-I-1934); pues de comprobarse un planeamiento previo lo suficientemente dilatado en el tiempo y con frialdad de ánimo, concurre con la premeditación (Ss. 23-I-1947 y 12-II-1949)»³⁹³.

Incluso actualmente “el buscar de propósito” todavía se sigue interpretando en alguna sentencia del Tribunal Supremo en su sentido originario de la planificación o preparación de antemano (premeditación). Ejemplo de ello es la STS 9007/2011 de 19 de septiembre: «[...] que la descripción de la agresión cometida por Oscar incorporada al ‘factum’ de la recurrida, en él que leemos que ‘... cuando ya Zulima marchaba del lugar dándole la espalda Oscar con la intención de acabar con su vida la golpeó en la cabeza, clavándole un cortafríos de unos 40 centímetros de largo y 4 centímetros de ancho ...’, integra, obviamente, todos los requisitos propios de la acción alevosa, precisos para calificar esa conducta como delito de asesinato intentado del artículo 139.1ª del Código Penal (motivo Tercero), de acuerdo con numerosísima doctrina jurisprudencial al respecto, como la STS de 22 de Mayo de 2011, entre muchas otras, que proclama: ‘... La alevosía no exige planificación alguna sino el consciente empleo de medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa o especialmente a asegurarla sin el riesgo que para el sujeto pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido (art. 21.1º del Código Penal). En lo subjetivo basta la representación del *modus operandi*, y de la indefensión resultante para la víctima, sea porque con anterioridad se hubiese previsto o sea porque, sin previsión alguna previa, el sujeto ejecute su acción anulando a sabiendas la defensa de aquella [...] De igual forma, la STS de 25 de Noviembre de 2003 dice que la alevosía ‘Predominantemente objetiva debe ser abarcada por el dolo del autor pero no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución sino que es suficiente que se aproveche, en cualquier momento y de forma consciente, de la situación de la

³⁹³ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, I Infracciones contra la persona en su realidad física*, ob. cit., pág. 266.

víctima, así como la facilidad que ello supone. (SS 29-3-93, 8-3-94, 26-6-97 y 743/2002, de 26 de abril)...’»³⁹⁴.

Sin embargo, actualmente, una vez desaparecida de nuestro Código la circunstancia de premeditación, lo habitual es que la jurisprudencia recurra a la oposición *buscar de propósito/aprovechar* para diferenciar los casos de alevosía en que la indefensión se *provoca activamente* de aquellos otros en los que únicamente se *aprovecha*³⁹⁵. Es decir, con objeto de distinguir casos en los que se emplean «medios, modos o formas» para *causar* la indefensión de otros en los que existe sólo un aprovechamiento de una indefensión no causada sino *preexistente*. Con esto la jurisprudencia quiere, como se verá en el capítulo 4 dedicado a las distintas modalidades alevosas, dar cabida dentro de la alevosía a casos de desvalimiento constitutivo o accidental preexistente a la actuación del autor y por tanto no causado por él (mediante el empleo de «medios, modos o formas»)³⁹⁶. Una crítica más detallada a la postura jurisprudencial puede encontrarse en el capítulo mencionado, pero por ahora basta con

³⁹⁴ Igualmente la STS 3134/2014 de 11 de junio: «De una parte se expresa que no se produjo una *selección del medio agresivo* por parte del acusado. En efecto, el relato tal como ha quedado tras su paso por la apelación sugiere un acto impulsivo, decidido de forma repentina, en las antípodas de una voluntad reflexiva. El acusado va alejándose del lugar en el coche y solo al descubrir a su derecha al peatón, de forma rápida y casi sin pensar da el ‘volantazo’ para golpearle. Esa es ciertamente la secuencia que ha de estimarse probada. Ciertamente también, la alevosía, junto a la vertiente objetiva (un modo, método o forma que asegura la ejecución y elimina la defensa), precisa de un componente subjetivo: buscar ese medio específico, aprovecharlo, quererlo. Ahora bien de ahí no cabe deducir que la alevosía exija premeditación: esto es obvio. Ni siquiera que sea necesaria una mínima planificación. Ni tampoco un margen, por reducido que sea, de reflexión: esto último puede parecer ya más discutible. Frente a ello hay que afirmar que un dolo de ímpetu, una reacción impulsiva, una decisión que aparece de improviso, sin previa reflexión, son coherentes con la alevosía. No es consustancial a la alevosía una actitud metódica, o una determinación reflexiva. Basta con ser consciente de la forma usada —aunque fuese la única imaginable o la más natural en el momento en que surge el propósito agresor— y aprovecharse de ella; basta con captar sus bases fácticas, aunque le vengan dadas al autor y no las haya preparado o configurado o buscado deliberadamente».

³⁹⁵ STS 692/2011 de 28 de enero: «En efecto, la alevosía, en el sentido en el que es entendida por la jurisprudencia de esta Sala, requiere que el autor haya producido activamente la situación determinante de la indefensión o que la haya aprovechado». Un ejemplo de la aplicación de este criterio STS 1114/2014 de 19 de marzo: «Para la apreciación de esta circunstancia es precisa la concurrencia de un elemento subjetivo o intencional del agente, de suerte que con su conducta busque o se aproveche de la indefensión de la víctima, representándose de esa forma la facilidad de su perpetración, elemento subjetivo que es manifiesto en el caso actual, pues la recurrente se aprovechó de la indefensión de la víctima, al tratarse de un bebé recién nacido».

³⁹⁶ STS 5144/2011 de 19 de julio, STS 7290/2011 de 2 noviembre, STS 7689/2011 de 10 de noviembre, STS 7993/2011 de 25 de noviembre, STS 2039/2011 de 14 de abril, STS 5129/2011 de 28 de junio, STS 5344/2012 de 11 de julio, STS 4775/2013 de 8 de octubre, STS 1465/2014 de 16 de mayo, STS 5083/2014 de 12 de diciembre, STS 5442/2014 de 26 de diciembre, STS 677/2015 de 25 de febrero, STS 824/2015 de 12 de marzo y STS 2446/2025 de 4 de mayo : «[...] la esencia [o núcleo] de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes»

decir que *como regla general* la pretensión de incluir a los desvalidos en la alevosía se enfrenta con la literalidad del artículo 22.1 que expresamente alude al empleo de «medios, modos formas» por parte del autor³⁹⁷, de ahí que tampoco en este sentido sea sostenible la oposición entre *buscar de propósito* la indefensión (causarla activamente empleando «medios, modos o formas») y *aprovechar* la indefensión (previamente dada y sin causarla activamente mediante el empleo de «medios, modos o formas»).

En definitiva, considero que cada una de estas expresiones puede originar un equivoco, por lo que su utilización es rechazable. Por una parte “buscar de propósito” puede dar lugar a pensar que en el comportamiento alevoso es necesaria la planificación previa o la premeditación, lo que evidentemente no es el caso. Por otra el término “aprovechar” puede hacer creer que en la alevosía no se requiere del empleo de «medios, medios o formas» causantes de la indefensión, lo que tampoco es cierto³⁹⁸. Lo adecuado en lugar de utilizar expresiones como “buscar de propósito” o “aprovechar”, que en ningún caso aparecen en el texto legal del 22.1, es decir que el autor alevoso *emplea* medios que eliminan la defensa y que esto lo hace *conscientemente*. Porque, cuando estudiamos la alevosía en su aspecto formal nos encontramos ante un hecho

³⁹⁷ De esta opinión: MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte especial*, ob. cit., pág. 47. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, ob. cit., págs. 612; PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 206; CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, ob. cit., pág. 696 y s.; GRACIA MARTÍN, Luis, en *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, ob. cit., págs. 108 y s.; CÓRDOBA RODA, Juan, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 274; GÓMEZ RIVERO, Carmen, «Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal», ob. cit., pág. 42; ANTÓN ONECA, José / RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *Derecho Penal, Tomo I, Parte General*, ob. cit., pág. 352; CAMARGO HERNÁNDEZ, Cesar, *La alevosía*, ob. cit., pág. 68; ÁLVAREZ GARCÍA, Javier, «Artículo 10.1», ob. cit., pág. 72; ALTÉS MARTÍ, Miguel Angel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 280 y s.; MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 136; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «La alevosía en el Código Penal de 1995», en *Delitos contra las personas*, ob. cit., págs. 292 y s.; ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, ob. cit., pág. 71; PUENTE SEGURA, Leopoldo, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, ob. cit., pág. 455. En contra de la postura mayoritaria consideran al desvalimiento una modalidad alevosa: PUIG PEÑA, Federico, «Alevosía», ob. cit., pág. 562 y JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, «El elemento psicológico en la alevosía», ob. cit., pág. 460.

³⁹⁸ En cualquier caso ténganse en cuenta que aquí se parte de una noción *amplia* de “emplear” que permite incluir ciertos casos de lo que alguien pudiera considerar aprovechamiento. Así en el ejemplo de un ataque a una víctima que se encuentra de espaldas, podría sostenerse que es un caso de aprovechamiento, en la medida en que el autor se aprovecha de una situación que no ha causado: el hecho de que la víctima esté de espaldas. Sin embargo, creo que no existe dificultad alguna para admitir que éste es un caso claro de alevosía donde se emplean medios, modos o formas causantes de la indefensión, pues ciertamente el autor emplea un modo de comisión (atacar por la espalda) que elimina la defensa, cuando perfectamente pudiera haber empleado otro (atacar de frente) que no dejaría indefensa a la víctima. Diferente es, sin embargo, el caso de los desvalidos, donde no se emplea medio alguno que elimine la defensa, porque la indefensión es preexistente a la actuación de autor. Estos supuestos no pueden incluirse dentro de la noción de “emplear” por amplia que se la considere.

objetivo; el autor ha debido *en efecto* eliminar la defensa de la víctima empleando «medios, modos o formas» de ejecución. Frente a aquellas cosas ocurridas *en efecto* no es la voluntad la facultad subjetiva competente, sino el conocimiento. Mientras el conocimiento consiste en el reconocimiento subjetivo de lo objetivamente dado, la voluntad, en cambio, es una facultad libre no atada a la realidad objetiva; puede representarse y querer lo que *en efecto* no ha ocurrido e incluso lo que sería imposible que ocurriera. Por eso, respecto a realidad objetiva de la eliminación de la defensa resulta indiferente el conjunto de propósitos e intenciones subjetivos del autor, siendo la auténtica cuestión a resolver la de si éste había (re)conocido el hecho objetivo de que su empleo de «medios, modos o formas» eliminó la defensa de la víctima. La cuestión determinante no se encuentra, entonces, en que la voluntad del autor quiera o no la indefensión, porque la indefensión debe ser algo ocurrido objetivamente, sino en el conocimiento de este hecho objetivo; el autor debe conocer que elimina de *hecho* la defensa, no basta con su querer hacerlo.

ii) El aspecto subjetivo del elemento material de la alevosía

En segundo lugar, la subjetividad del autor debe extenderse al elemento *material* del iii) aseguramiento de un delito contra las personas. De esta manera no es suficiente con el primer requisito subjetivo que acabamos de ver, es decir, que el autor sepa que los «medios, modos o formas» empleados por él han eliminado la defensa de la víctima, ni tampoco con que éstos, al suprimir la defensa, objetivamente se muestren idóneos para el aseguramiento de la ejecución (producción del resultado). Junto a la propia tendencia objetiva de los «medios, modos y formas» para producir el resultado todavía se necesita acreditar el dolo del autor dirigido a dicha producción (muerte, lesiones)³⁹⁹.

Con la finalidad de apreciar plenamente esta necesidad nada mejor que recordar en este momento el caso, comentado por JAKOBS, que fue presentado en el capítulo anterior en el que la autora ataba a su posterior víctima, que consentía en la atadura,

³⁹⁹ RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (I)», ob. cit., pág. 969, afirma que para el aspecto subjetivo de la alevosía «no basta con que el autor perciba la falta de prevención y de defensa de la víctima en un modo externo que no penetra en la conciencia, más bien aparte de esto él tiene comprender el significado de la falta de prevención y de defensa para la situación desamparada del atacado y la ejecución del hecho [...] [*genügt nicht, daß der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers nur in einer äußerlichen, nicht ins Bewußtsein dringenden Weise wahrnimmt, vielmehr muß er darüber hinaus die Bedeutung der Arg- und Wehrlosigkeit für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat erfassen* [...]».

dejándola indefensa⁴⁰⁰. Sólo que ahora vamos a modificar el supuesto de hecho en el sentido de que al final en el caso no se produzca la muerte de la víctima, sino que con la atadura consentida sólo se ha tratado de practicar un juego sexual. En este supuesto modificado nadie admitirá evidentemente la alevosía. Pero no porque no se hayan cumplido los requisitos *objetivos* y el *subjeto referente a la forma de comisión*. Los *objetivos* se han cumplido porque quien ató a la otra persona emplea «medios, modos o formas» que eliminan la defensa, y que considerados objetivamente son idóneos para asegurar la ejecución de una muerte; la víctima atada, en caso de que la otra parte se lo propusiese, está indefensa frente a una agresión dirigida a su persona. Igualmente se ha cumplido el primer requisito *subjeto formal* de que el autor conozca haber empleado «medios, modos o formas» que eliminan la defensa. Se dirá que aquí lo que falta es la ejecución de un delito contra las personas. Y es cierto, pero lo es no porque los «medios, modos o formas» no sea objetivamente adecuados, sino porque para que se ejecute un delito se necesita de forma añadida, con base en el principio de culpabilidad del artículo 5 del Código penal⁴⁰¹, siempre una componente subjetiva (dolo o imprudencia), que en el caso del autor alevoso consiste en el segundo requisito *subjeto material*, es decir, en el dolo dirigido a la comisión de alguno de los delitos contra las personas⁴⁰².

⁴⁰⁰ JAKOBS, Günther, «Anmerkung zum BGH-Urteil vom 4.7.1984 – 3StR 199/84 (LG Mannheim)», ob. cit. El caso era el siguiente: La acusada quería ganarse a K. y desplazar de su lado a la que luego fue la víctima, Helga Z. Después de repetidos enfrentamientos a causa de la rivalidad entre las dos mujeres, ambas intercambiaron caricias, hasta que la acusada se dio por satisfecha sexualmente. Cuando a continuación Helga Z. amenazó con que contaría a otros la inclinación bisexual de la acusada, ésta ató a Helga Z., para evitar que abandonara el piso. Helga Z. estuvo de acuerdo, tendiendo a la acusada de buena gana brazos y piernas, pues quería demostrar que no tenía intención de marcharse secretamente. Una vez atada se llegó de nuevo a una fuerte disputa. A causa de la rabia, ira y celos así como por el conocimiento de que Helga Z. atada no se podía defender, se decidió la acusada a matarla. La acusada se puso de rodillas detrás de Helga Z. y la estranguló. El caso tal y como está narrado también podría servir de ejemplo. En él se verifican, por una parte, todos los requisitos objetivos de la circunstancia. Primero, porque la acusada, atando a la víctima e impidiendo su capacidad defensiva de reaccionar, ha empleado sin duda «medios, modos o formas» que eliminan la defensa de la víctima. Segundo, porque dichos «medios, modos o formas» tienden objetivamente a asegurar el delito; la atadura de la víctima resulta de por sí mismo un «medio, modo o forma» idóneo de asegurar la ejecución de su muerte. También, por otra parte, la acusada subjetivamente abarca el primero de los elementos objetivos, pues sabe que con la atadura ha impedido la defensa de Helga Z. Y sin embargo, el comportamiento de la acusada no merece ser calificado como alevoso, porque falta todavía en ella un dolo dirigido a la ejecución o aseguramiento de un delito contra las personas, es decir, un dolo de matar. En el momento en que la acusada empleó los «medios, modos, o formas», cuando procede a la atadura, su intención, aunque supiera que estaba dejando indefensa a la víctima, no se dirigía a cometer un delito contra las personas, a asesinar a la Helga Z., sino a impedir que ésta abandonase la casa.

⁴⁰¹ El artículo 5 del Código penal establece: «No hay pena sin dolo o imprudencia».

⁴⁰² Ciertamente se podría sostener que ya el hecho de que quien se deja atar consienta en la eliminación de su defensa niega el carácter alevoso de la conducta de quien lo ata, sin necesidad de recurrir a la falta de dolo del autor respecto de un delito contra las personas, con lo que no habría lugar al problema que arriba se plantea. Esto es, sin duda, correcto, pero a efectos expositivos arriba se prefiere tomar el otro motivo

Esto mismo es posible decirlo todavía de otra forma, confirmando nuestra lectura de la alevosía mediante el recurso a la institución de la legítima defensa. Es decir, lo castigado en el artículo 22.1 no consiste simplemente en la eliminación de la defensa, porque esto ocurre, sin que pueda considerarse punible, cuando, como en el caso expuesto, en un juego se produce una atadura consentida entre los participantes. Lo que se castiga es eliminar la defensa que es legítima, es decir, aquella que surge no porque los «medios, modos o formas» sean idóneos para una agresión, sino porque además el autor ha iniciado culpablemente (dolosa o imprudentemente) una agresión. Es decir, sin una vertiente subjetiva del autor no se da la agresión, sin la agresión no surge un derecho a la legítima defensa, y si no existe legítima defensa, el autor no la puede eliminar dando lugar al comportamiento propio de la alevosía. Esta vertiente subjetiva en el caso de la alevosía se configura como el segundo requisito subjetivo referido a la materia (qué se comete); el dolo del autor en relación con un delito contra la persona de la víctima.

Si el dolo del autor respecto a un delito contra las personas (elemento material de la alevosía) se muestra como un requisito necesario, a continuación la cuestión determinante está en establecer qué tipo de dolo requiere; ¿será suficiente el eventual o se exigirá en todo caso un dolo directo? Aunque la postura tradicional de la doctrina venía exigiendo la concurrencia de dolo directo⁴⁰³, es cierto que paulatinamente se ha

que negaría la alevosía en su conducta, la falta en quien realiza la atadura de un dolo respecto a un delito contra las personas.

⁴⁰³ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 54: «Si en algo se diferencia el asesinato del homicidio doloso simple es en que la finalidad, más o menos amplia, de matar viene afianzada, en el asesinato, por el empleo de determinados medios o la presencia de unos móviles que tienden claramente a esta finalidad. Si, por el contrario, el empleo de esos medios se hace para asegurar la ejecución de un hecho que probablemente puede producir la muerte, pero no de un modo seguro; o con el fin de dar un susto o un escarmiento, torturando a alguien sin pretender matarlo, pero asumiendo el riesgo de que la paliza produzca ese fin, entonces estaremos en los dominios del homicidio doloso simple, por más que el hecho en sí y la muerte, si se produce, produzcan el mismo sentimiento de rechazo que cuando se hace con ánimo directo de matar». COBO DEL ROSAL, Manuel / CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «El delito de asesinato. Consideraciones sobre el delito de asesinato», ob. cit., pág. 201: «Mayores problemas plantea la admisibilidad del dolo eventual. Cabe analizar esta cuestión en un doble sentido: con referencia al resultado de muerte y a la concurrencia de circunstancias. El primero resulta incompatible con las circunstancias, por lo que, de darse éstas no se dará aquél, y si hay dolo eventual no habrá circunstancia, por lo que será de homicidio y no de asesinato. El segundo tampoco parece posible, dada la estructura de las circunstancias, que requiere en todo caso un conocimiento y voluntad plenos de autor». CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, ob. cit., pág. 374: «Se trata de una circunstancia agravante de tendencia. [y en nota 9 al pie:] Incompatible, por tanto, con el dolo eventual [...]». CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 82: «La admisibilidad del dolo eventual puede plantear problemas. Resulta teóricamente posible, como ha puesto de relieve MAPELLI CAFFARENA. Para este autor, cabría el dolo eventual referido a la muerte en el caso de que, pese a la concurrencia de circunstancias, el sujeto actúa

ido aceptando por un número cada vez mayor de autores la posibilidad del dolo eventual con relación al delito contra las personas cometido alevosamente⁴⁰⁴. Igualmente, pese a ciertas oscilaciones de criterio, la jurisprudencia, sobre la base del doble objeto del dolo presente en los supuestos alevosos, ha terminado admitiendo —hasta el punto de considerarse en algunas sentencias como un criterio actualmente consolidado— la posibilidad de dolo eventual respecto del delito que (*materialmente*) comete el autor

sin seguridad de producir el resultado. Lo cierto es que en la práctica la cuestión resulta sumamente difícil. Piénsese que la relación medio a fin que exigen todas las circunstancias impiden la apreciación de éstas si el sujeto no actúa con una dirección final de producir la muerte: la alevosía exige que el sujeto utilice medios que eviten los riesgos provenientes de la acción defensiva del sujeto pasivo y aseguren la comisión del hecho delictivo, por lo que sólo en una conducta dirigida a la producción de la muerte cabrá hablar de tal alevosía». GRACIA MARTÍN, Luis, en *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, ob. cit., pág. 136: «Con respecto a la alevosía es preciso señalar ya que se trata de una agravante de tendencia, incompatible con el dolo eventual. La tendencia subjetiva del autor es la de asegurar la producción del *resultado* de muerte y evitar los riesgos que pudieran derivarse de la posible reacción defensiva de la víctima. Aun cuando el sujeto utilizase medios que objetivamente fueran idóneos para producir esos efectos, no podría afirmarse que actuara con dicha tendencia. En el dolo eventual el autor cuenta con la *posibilidad* de la producción del resultado, pero si no es el fin que persigue, difícilmente podrá afirmarse que con sus actos quiera asegurar su realización». MORALES PRATS, Fermín, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, ob. cit., pág. 65: «[...] no es posible técnicamente sustentar la hipótesis del dolo eventual con respecto a las circunstancias del asesinato, que, en cualquier caso, exigen dolo directo». ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, ob. cit., págs. 78 y s.: «Frente a estos criterios, parece más plausible el más extendido de negar la posibilidad de dolo eventual y reconocer que el dolo ha de ser directo en cualquiera de sus variantes (dolo directo de primer grado y dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias), en primer lugar respecto al resultado. Además, puesto que el dolo ha de extenderse a todo el tipo objetivo, habrá de abarcar no sólo el resultado, sino también las circunstancias del art. 139 que concurran en el hecho». ARIAS EIBE, Manuel José, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», ob. cit., 2005, pág. 6: «En principio parece que el carácter tendencial de la circunstancia exige que el sujeto tenga dolo directo respecto a la circunstancia misma, [...] pero no deben existir obstáculos en admitir la posibilidad dogmática de que pueda suceder que concorra aquel dolo directo respecto de la circunstancia y un dolo eventual respecto al resultado del delito de que se trate».

⁴⁰⁴ CÓRDOBA RODA, Juan, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 273: «Si la voluntad propia de la acción alevosa es la de evitar la defensa por parte del ofendido, resulta difícil el que la alevosía pueda concurrir en un delito cuya finalidad no sea la de producir un ataque a la víctima, ya sea dicho ataque unas lesiones o un atentado contra su libertad, conforme a los términos expuestos. Que ello sea así, no significa el que resulte absolutamente imposible el que el respectivo delito que alevosamente se ejecuta, responda, no a una finalidad o dolo dirigido al resultado delictivo, sino a dolo eventual e incluso imprudencia». PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 203: «El art. 22, circ. 1ª, sólo exige que los medios, modos o formas de comportamiento empleados en la realización del hecho tienda objetivamente y en la intención del autor a asegurar *la ejecución* de la acción de matar, y no necesariamente la producción del resultado de muerte. La conducta homicida realizada con dolo meramente eventual de producción de la muerte no deja por ello de ser también una acción de matar, cuya ejecución puede ser igualmente asegurada sin riesgo procedente de una posible defensa. En tal caso no hay razón alguna, a mi juicio, para pensar que el homicidio con dolo eventual no quede cualificado por la concurrencia de alevosía como asesinato». BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Teoría y Práctica del Derecho penal. Tomo II*, ob. cit., págs. 1013 y s.: «Con respecto a la representación de la muerte como seriamente posible, supuesto que el autor tenga conocimiento de las demás circunstancias del tipo de asesinato, no hay ninguna dificultad en admitir el dolo eventual. Si el autor, por ejemplo, se representa, como consecuencia seriamente posible de su acción, la muerte de una persona con la que la une una

alevoso —normalmente un asesinato—, aunque la *forma* alevosa de cometerlo tenga que estar abarcada por el dolo directo⁴⁰⁵.

Con relación a esta cuestión pueden establecerse los siguientes puntos. En primer lugar, nadie discute la posibilidad de la comisión alevosa cuando el autor tiene dolo directo respecto del delito contra las personas que comete, siempre que el dolo directo sea de *primer grado*. En cambio cuando el dolo directo es de *segundo grado*,

especial relación de confianza y que como consecuencia de ello está indefensa ante su acción, el delito se habrá consumado con dolo eventual». MAPELLI CAFFARENA, Borja, «El dolo eventual en el asesinato», ob. cit., pág. 443: «En el asesinato donde concurre alevosía podrá combinarse cualquier modalidad de dolo —directo o eventual— en relación con la muerte, pero, sin embargo, en relación con los medios, modos o formas alevosas sólo es posible el dolo directo por la concurrencia del elemento subjetivo trascendente». PUENTE SEGURA, Leopoldo, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, ob. cit., pág. 462: «[...] creo que no debería existir obstáculo alguno para apreciar esta circunstancia agravante en los supuestos de dolo eventual. Obsérvese que, en tales casos, por definición, el sujeto ha de presentarse el resultado finalmente ocasionado con su comportamiento, lo visualiza, lo conoce, lo contempla, aun cuando no lo persiga de manera directa, y pese a ello comete el delito. Por esa razón, también el sujeto es consciente de los medios, modos o formas con que ejecuta su acción, también puede valorar las posibilidades de defensa que ‘otorga’ a los agraviados y lo conveniente que puede resultar para él asegurar la ejecución». En Alemania también se considera posible cometer un asesinato con dolo eventual; GRÜNEWALD, Anette, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, ob. cit., pág. 149: «Con el texto legal presente no se puede fundamentar una limitación del asesinato a un homicidio intencional. Porque si el correspondiente tipo delictivo no contiene ninguna disposición especial, entonces el dolo es sin duda necesario (§ 15 Código penal [alemán]); pero para ello basta cualquier forma de dolo y con ello también el dolo eventual. Otra cosa vale solamente cuando la ley prescribe un tipo especial de dolo, en especial la intención o el a sabiendas. Porque en el asesinato (§ 211 Código penal [alemán]) no hay tal disposición, se tiene que partir de que es suficiente un dolo de matar simple [*Mit dem gegenwärtigen Gesetzestext lässt sich eine Beschränkung des Mordes auf eine absichtliche Tötung nicht fundieren. Enthält nämlich der jeweilige Deliktstatbestand keine besondere Anordnung, dann ist Vorsatz zwar erforderlich (§ 15 StGB); es reicht hierfür aber jede Form des Vorsatzes aus und damit auch Eventualvorsatz. Etwas anderes gilt nur dann, wenn das Gesetz eine spezielle Vorsatzart vorschreibt, namentlich Absicht oder Wissentlichkeit. Da es beim Mord (§ 211 StGB) eine solche Anordnung nicht gibt, muss davon ausgegangen werden, dass einfacher Tötungsvorsatz genügt*]».

⁴⁰⁵ STS 910/2010 de 25 de febrero: «Antes que nada hemos de dejar sentada la idea de la compatibilidad entre alevosía y dolo eventual, extremo al que la parte recurrente no opone serias objeciones, a pesar de reconocer que existen dos tendencias en esta Sala contrapuestas, aunque la jurisprudencia más reciente ha ido inclinándose en el sentido favorable a su coexistencia (véase SS.T.S., entre otras, 1011/2001 de 4 de julio; 1010/2002 de 3 de junio; 1804/2002 de 31 de octubre; 71/2003 de 20 de enero; 1166/2003 de 26 de septiembre; 119/2004 de 2 de febrero; 175/2004 de 13 de febrero; 239/2004 de 18 de febrero; 415/2004 de 25 de marzo; 653/2004 de 24 de mayo; 1229/2005 de 19 de octubre [sic: no se cierra paréntesis]. En todas ellas se establece la distinción entre el dolo con que se ejecuta la acción alevosa y el concurrente respecto al resultado de la acción agresiva»; STS 975/2010 de 2 de marzo: «Acerca de la compatibilidad entre alevosía y dolo eventual el censurante alude a la doctrina tradicional y justo es reconocer que hace bastante tiempo se sustentaban dos tesis contrapuestas en esta Sala, pero no es menos cierto el hecho inconcuso de que en los últimos años se ha ido imponiendo de forma rotunda la aceptación de esa dualidad conceptual (asesinato y dolo eventual), como lo atestigua la corriente jurisprudencial más moderna (S.T.S. 2615/1993 de 20 de diciembre; 975/1996 de 21 de enero de 1997; 1006/1999 de 21 de junio; 1011/2001 de 4 de junio; 1010/2002 de 3 de junio; 1804/2002 de 31 de octubre; 71/2003 de 20 de enero; 1166/2003 de 26 de septiembre; 119/2004 de 2 de febrero; 239/2004 de 18 de febrero; 415/2004 de 25 de marzo; 653/2004 de 24 de mayo; 1229/2005 de 19 de octubre; 21/2007 de 19 de enero; 466/2007 de 24 de mayo; 803/2007 de 27 de septiembre; 743/2008 de 14 de octubre y 678/2008 de 30 de octubre) y es precisamente con apoyo en la distinción entre el dolo referido a los medios comisivos tendentes a

algunos autores rechazan la posibilidad de apreciar la alevosía⁴⁰⁶. Como es bien sabido, la diferencia entre ambos tipos de dolo directo radica en lo siguiente: mientras en el dolo de *primer grado* el objetivo perseguido o la intención del autor es la comisión del delito, en el de *segundo grado* no busca o tiene intención de cometer el delito, pero (re)conoce que la comisión será una consecuencia necesaria de su actuación⁴⁰⁷. De esta forma quienes requieren respecto del elemento material de la alevosía exclusivamente un dolo directo de primer grado entienden que sólo actúa alevosamente el autor que

asegurar la ejecución del hecho proyectado, sin riesgo para el ejecutor proveniente [sic] de la víctima (dolo directo) y el dolo referido al propósito de causar una muerte, bien directamente, de modo indirecto (dolo de consecuencias necesarias) o a través de dolo eventual. Téngase presente que los términos estrictos en que se expresa el art. 22-1º C.P. lo que asegura sin riesgo es la ‘ejecución’, que en el caso de autos pudo llevarla a efecto, sin oposición, resistencia o peligro para su persona, dado el carácter sorpresivo del ataque (el sujeto pasivo se hallaba de espaldas, indefenso y sin capacidad reactiva) lo que aseguraba la *ejecución del ataque violento o agresión desplegada*»; STS 2798/2010 de 22 de marzo: «La jurisprudencia de esta Sala sobre esta cuestión es unívoca, pacífica y reiterada al declarar la compatibilidad entre el dolo eventual y el asesinato con alevosía, porque ésta se desenvuelve en el modo en que se produce la agresión y al margen de que el ataque sea impulsado por una u otra modalidad de dolo»; STS 2563/2010 de 14 de mayo: «Y, acerca de la compatibilidad entre alevosía y dolo eventual, también hemos dicho (STS 138/2010, de 10 de marzo) que justo es reconocer que hace bastante tiempo se sustentaban dos tesis contrapuestas en esta Sala, pero no es menos cierto el hecho inconcuso de que en los últimos años se ha ido imponiendo de forma rotunda la aceptación de esa dualidad conceptual (asesinato y dolo eventual), como lo atestigua la corriente jurisprudencial más moderna (SSTS 2615/1993, de 20 de diciembre; 975/1996, de 21 de enero de 1997; 1006/1999, de 21 de junio; 1011/2001, de 4 de junio; 1010/2002, de 3 de junio; 1804/2002, de 31 de octubre; 71/2003, de 20 de enero; 1166/2003, de 26 de septiembre; 119/2004, de 2 de febrero; 239/2004, de 18 de febrero; 415/2004, de 25 de marzo; 653/2004, de 24 de mayo; 1229/2005, de 19 de octubre; 21/2007, de 19 de enero; 466/2007, de 24 de mayo; 803/2007, de 27 de septiembre; 743/2008, de 14 de octubre y 678/2008, de 30 de octubre), y es precisamente con apoyo en la distinción entre el dolo referido a los medios comisivos tendentes a asegurar la ejecución del hecho proyectado, sin riesgo para el ejecutor proveniente [sic] de la víctima (dolo directo) y el dolo referido al propósito de causar una muerte, bien directamente, de modo indirecto (dolo de consecuencias necesarias) o a través de dolo eventual»; STS 7333/2010 de 22 de diciembre: «Se desvirtúa así la tesis que se expone en la sentencia recurrida, en la que se rechaza la compatibilidad entre el dolo eventual y el delito de asesinato con el argumento que el elemento subjetivo de la alevosía no puede darse cuando se agrede con dolo eventual. En contra de lo que se dice en la resolución impugnada, y tal como se sostiene por la jurisprudencia más reciente, puede actuarse con dolo directo a la hora de elegir o seleccionar los medios de ejecución de la agresión y al mismo tiempo actuar con dolo eventual con respecto a la muerte de la víctima. Pues el asegurar la acción agresora no comporta necesariamente que se asegure con el fin específico o la intención directa de matar, sino que se puede actuar sólo con el fin de causar un peligro concreto de muerte, asumiendo el probable resultado. De modo que la selección del medio y de la forma de ejecución puede ser muy intencionada y planificada, y, en cambio, el fin que conlleva ese medio puede quedar más difuminado o abierto para el sujeto agresor, por no tener un especial interés o una directa intención de asegurar el resultado concreto de muerte. Lo cual no quiere decir que no lo asuma o acepte dado el riesgo elevado que genera con su acción (dolo eventual). Y ello es lo que sucedió en el presente caso, toda vez que los acusados planificaron una acción agresora mediante la que eliminaban la reacción defensiva de la víctima y aseguraban al mismo tiempo la agresión sin riesgo para sus personas. Sin que los medios utilizados conllevaran de forma necesaria la muerte del agredido, aunque sí un peligro concreto y elevado de que ello pudiera acabar sucediendo. Por todo lo cual, los hechos sí deben ser calificados como alevosos y subsumibles en el delito de asesinato previsto en el art. 139.1º del C. Penal»; STS 6348/2011 de 21 de septiembre: «Porque es necesario distinguir entre el dolo con el que se ejecuta la agresión alevosa y el concurrente respecto al resultado de la acción agresiva. En este ámbito, conviene reiterar que la pretendida incompatibilidad entre el dolo eventual de muerte y el dolo directo de actuar alevosamente que esgrime el recurrente no se convierte en obstáculo calificador

tiene intención o persigue cometer un delito contra las personas, sin que sea suficiente que se represente la comisión como necesaria. Esta solución no sería, sin embargo, correcta desde la interpretación ofrecida aquí de la alevosía. Si la peculiaridad del comportamiento alevoso reside en cometer un delito contra las personas eliminando la legítima defensa de la víctima, esto puede producirse tanto si la comisión del delito era la intención del autor como si sólo la preveía como una consecuencia necesaria. Tanto si quería la comisión como si advertía que era necesaria, lo cierto es que siempre habrá

insalvable como aquél pretende, pues es perfectamente diferenciable en un comportamiento como el enjuiciado, una directa y decidida intención y voluntad de dar cumplimiento a finalidades aseguradoras para la ejecución y para el propio actuante así como sobre la indefensión de la víctima (parcela ésta del comportamiento alevoso que aparece diáfana en el actuar del agente que espera o busca deliberadamente una situación de relajamiento más propicia para la sorpresa) de una actitud intencional que no completa el agotamiento de la determinación de dañar respecto a la causación del daño o lesión en sí misma si no en cuanto a la aceptación de su resultado-, supuesto del dolo eventual en el que, no obstante representarse aquél como probable, sin embargo es consentido o aceptado. Referencia —la del resultado— que, válida e imprescindible para determinar la graduación del dolo, no debe extenderse a dicha circunstancia como pretende quién recurre. En otras palabras, si respecto a la circunstancia cualificativa concurrente de alevosía se da la plena consciencia, esto es, aparece abarcada por la inteligencia o comprensión del autor, y es querida o realizada la acción con tal circunstancia por el sujeto, nada puede oponerse a la existencia del asesinato solo por que lo comprendido eventualmente por el dolo sea la muerte (vid. S 16 marzo 1991). En el supuesto de autos es evidente que aunque el dolo de muerte pudo haber sido sólo eventual, lo que sí era directa y plenamente conocida y querida por los acusados era la condición desvalida de la víctima que ante un ataque súbito, imprevisto y repentino, no podía ofrecer obstáculo alguno o la acción agresiva de aquél, se produjera esta como se produjera (STS de 31 de octubre de 2.002)»; STS 9269/2011 de 19 de diciembre: «Como recuerda numerosa y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde la STS de 16-3-1991 hasta las más recientes SsTS de 31-10-2002, 25-3-2004, 19-4-2004, 2-7-2004 (caso ‘Hipercor’) y 11-11-2004, si respecto a la circunstancia cualificativa concurrente se da la plena consciencia, esto es, aparece abarcada por la inteligencia o comprensión del autor, y es querida o realizada la acción con tal circunstancia por el sujeto, nada puede oponerse a la existencia del asesinato solo porque lo comprendido eventualmente por el dolo sea la muerte»; STS 7804/2012 de 7 de noviembre: «la doctrina de esta Sala ha declarado en numerosas ocasiones la compatibilidad del dolo eventual con el asesinato alevoso»; STS 7980/2012 de 5 de diciembre: «En efecto, pues la reducción de la víctima a una situación de objetiva incapacidad para reaccionar con eficacia, debido al medio y/o modo de ejecución del acto agresivo, puede perfectamente producirse aun en la hipótesis de que el resultado letal para la misma no hubiera sido directamente buscado, sino aceptado como posible y/o entrado como probable en la previsión del sujeto agente. Esto según, entre otras, SSTS 622/2009, de 10 de junio, 466/2007, de 24 de mayo y 71/2003, de 20 de enero. Y es que, en efecto, una acción lesiva de índole criminal, dirigida contra otro sin el propósito específico de matar, pero con la disposición a asumir este resultado en el caso de que llegara a producirse, puede ser tan compatible con el desarrollo instrumental que haga realmente imposible la defensa del agredido como con el que la permita. Pues, una cosa es el designio que pudiera presidir el acometimiento como tal, y otra que el mismo vaya o no acompañado de la voluntad de reducir al acometido a la inermidad»; STS 5088/2014 de 3 de diciembre: «Por lo demás, ningún problema existe de compatibilidad de esa circunstancia de agravación con la hipótesis del dolo eventual. En efecto, pues la reducción de la víctima a una situación de objetiva incapacidad para reaccionar —como medio de ejecución— puede perfectamente producirse aun en el caso de que el resultado letal para la misma no hubiera sido directamente buscado, sino aceptado como posible y/o entrado como probable en la previsión del sujeto agente. Esto también según, entre otras, SSTS 466/2007, de 24 de mayo y 71/2003, de 20 de enero». STS 976/2015 de 10 de marzo: «Pero en todo caso, es decir, aun en la hipótesis, aquí bastante menos probable, de que ese acometimiento se hubiera producido con dolo eventual, tendría que jugar igualmente la alevosía, y debería hacerlo sin que la compatibilidad entre ambas figuras tenga por qué suscitar algún problema conceptual; pues la reducción de la víctima a una situación de objetiva incapacidad para reaccionar —como medio de

cometido el delito impidiendo que la víctima pueda ejercer su derecho a defenderse, de ahí que no pueda comprenderse por qué razón habría de excluirse del ámbito de la alevosía los casos de dolo directo de segundo grado. Es perfectamente imaginable, así, el caso de un autor emboscado que abre fuego con su ametralladora al paso de un grupo de personas entre las que se encuentra su objetivo. Supongamos que no estuviera en su intención el acabar con la vida del resto de personas, incluso que prefiera que ninguna o las menos posibles murieran, pero a la vez sabe que su acción necesariamente producirá

ejecución— puede perfectamente producirse aun en la hipótesis de que el resultado letal para la misma no hubiera sido directamente buscado, sino aceptado como posible y/o entrado como probable en la previsión del sujeto agente. Esto también según, entre otras, SSTS 466/2007, de 24 de mayo y 71/2003, de 20 de enero»; STS 824/2015 de 12 de marzo: «Por último en cuanto a la posibilidad de apreciar la alevosía en casos de dolo eventual, esta Sala SSTS. 455/2014 de 10.6, 1180/2010 de 22.12, 460/2010 de 14.5, 138/2010 de 10.3, ha afirmado que ‘hace bastante tiempo se sustentaban dos tesis contrapuestas en esta Sala, pero no es menos cierto el hecho inconcluso de que en los últimos años se ha ido imponiendo de forma rotunda la aceptación de esa dualidad conceptual (asesinato y dolo eventual), como lo atestigua la corriente jurisprudencial más moderna (SSTS 2615/1993, de 20 de diciembre; 975/1996, de 21 de enero de 1997; 1006/1999, de 21 de junio; 1011/2001, de 4 de junio; 1010/2002, de 3 de junio; 1804/2002, de 31 de octubre; 71/2003, de 20 de enero; 1166/2003, de 26 de septiembre; 119/2004, de 2 de febrero; 239/2004, de 18 de febrero; 415/2004, de 25 de marzo; 653/2004, de 24 de mayo; 1229/2005, de 19 de octubre; 21/2007, de 19 de enero; 466/2007, de 24 de mayo; 803/2007, de 27 de septiembre; 743/2008, de 14 de octubre; 678/2008, de 30 de octubre; 437/2009 de 22 de abril; 543/2009 de 12 de mayo), y es precisamente con apoyo en la distinción entre el dolo referido a los medios comisivos tendentes a asegurar la ejecución del hecho proyectado, sin riesgo para el ejecutor proveniente de la víctima (dolo directo), y el dolo referido a propósito de causar una muerte (en este caso unas lesiones muy graves), bien directamente, de modo indirecto (dolo de consecuencias necesarias) o a través de dolo eventual’. Por tanto puede actuarse con dolo directo a la hora de elegir o seleccionar los medios de ejecución de la agresión y al mismo tiempo actuar con dolo eventual con respecto a la muerte de la víctima. Pues asegurar la acción agresiva no comporta necesariamente que se asegure con el fin específico o la intención directa de matar, sino que se puede actuar solo con el fin de causar un peligro concreto de muerte, asumiendo el probable resultado. De modo que la selección del medio y de la forma de ejecución puede ser muy intencionada y planificada, y en cambio, el fin que conlleva ese hecho puede quedar más difuminado o abierto para el sujeto agresor, por no tener un especial interés o una directa intención de asegurar el resultado concreto de muerte. Lo cual no quiere decir que no lo asume o acepte dado el riesgo elevado que genera con su acción (dolo eventual)».

⁴⁰⁶ SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 904: De todos modos creo que simplemente aplicando la voluntad a cada aspecto conocido por el sujeto (elemento intelectual) la solución sólo puede ser el dolo directo de primer grado. El querer —elemento volitivo— del actor para que sea acorde con el texto de la Ley ha de abarcar todos sus aspectos objetivos, lo que desde luego incluye querer los medios y querer que aseguren, pero también querer que aseguren directa o especialmente. Es decir, que la voluntad debe abarcar esa tendencia directa o especial de los medios para asegurar, lo que me parece incompatible con un querer que simplemente asuma como necesario el aseguramiento». DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 815: «Entiendo que debe negarse la alevosía cuando no exista dolo directo de primer grado respecto de la conducta típica prohibida por el delito a aplicar y que, incluso presente el mismo, debe negarse también la alevosía cuando no exista dicho dolo directo en relación con los medios de aseguramiento utilizados en la ejecución».

⁴⁰⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pág. 271: «En el dolo directo de primer grado el autor *persigue* la realización del delito. Por eso se designa también esta clase de dolo como ‘intención’. [...] En el dolo directo de segundo grado el autor no busca la realización del tipo, pero sabe y advierte como *seguro* (o casi *seguro*) que su actuación dará lugar al delito». ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I*, ob. cit., pág. 436: «Se diferencian generalmente tres formas distintas de dolo: la intención (dolo directus de primer grado), el dolo directo (dolus directus de segundo grado) y el dolo eventual (dolus eventualis). [...] Resumido de manera típica, bajo el concepto de intención cae aquello a

la muerte de alguna persona que no tiene intención de matar. Si tanto a su objetivo, como a las otras víctimas, que como consecuencia necesaria mueran, se les ha privado de su posibilidad de defenderse legítimamente frente a un ataque dirigido hacia todas ellas, no es posible encontrar una razón que pudiera explicar la discriminación entre la víctima objeto de la intención del autor —dolo directo de primer grado—, cuya muerte se consideraría asesinato alevoso, y el resto de víctimas —dolo directo de segundo grado—, cuyas muertes constituirían meros homicidios dolosos.

En segundo lugar, si la admisión de casos de dolo directo de segundo grado como alevosos demuestra que la alevosía no es una “circunstancia de tendencia”⁴⁰⁸ que

lo que el autor aspira; por el dolo directo [de segundo grado] son abarcadas todas las consecuencias, a las cuales ciertamente el autor no aspira, pero que prevé con seguridad que acontecerán [...] [*Man unterscheidet gemeinhin drei verschiedene Formen des Vorsatzes: die Absicht (dolus directus ersten Grades), den direkten Vorsatz (dolus directus zweiten Grades) und den bedingten Vorsatz (dolus eventualis). [...] In schlagwortartiger Zusammenfassung fällt unter den Begriff der Absicht, was der Täter erstrebt; vom direkten Vorsatz sind alle Folgen erfasst, die der Täter zwar nicht erstrebt, aber als mit Sicherheit eintretend voraussieht [...]*]]. Esta misma diferenciación se ha tratado de expresar por ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, «La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Tomo 39, Núm. 2, 1986, pág. 395, con la contraposición de los términos “mediato”/“inmediato”, lo que seguramente no sea del todo afortunado. Es cierto, que esta diferenciación funciona con respecto al dolo directo de primer grado, porque aquí el autor quiere la comisión típica como finalidad inmediata —por ejemplo, quien tiene la intención de matar a otro, quiere la muerte por sí misma y no como medio para nada—, pero sin embargo tropieza en relación con el dolo directo de segundo grado, porque en este caso la realización del delito no se presenta tanto como un medio para la consecución de una finalidad diversa del autor, cuanto que como una consecuencia aparejada a ésta necesariamente —por ejemplo, la muerte del escolta de un cargo público por un explosivo dirigido contra este último no representa ningún medio para la muerte del cargo, sino una consecuencia necesaria ligada a su muerte—. Quizá fuera correcto decir que en el dolo de primer grado lo que motiva a actuar al autor es la realización típica, mientras que en el de segundo grado la realización típica no es un motivo sino una consecuencia asociada necesariamente a lo que motiva al autor. GRÜNEWALD, Anette, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, ob. cit., pág. 153, para quien la intención [*Absicht*] resulta «el único caso, donde se persigue directamente el resultado, Porque únicamente en la intención se dirige la voluntad del autor a la realización del tipo, sea que él persigue éste como un objetivo final o por el contrario como un objetivo intermedio necesario de su actuar. En cambio la realización del tipo ocurre en el dolo eventual y en el a sabiendas [dolo directo de segundo grado] sólo como una consecuencia accesoria de otro acontecimiento, del acontecimiento querido en sí mismo [*den einzigen Fall, wo der Erfolg direkt angestrebt wird. Denn lediglich bei der Absicht richtet sich der Wille des Täters auf die Verwirklichung des Tatbestands, sei es, dass er diese als ein End- oder aber als ein notwendiges Zwischenziel seines Handelns erstrebt. Hingegen tritt die Tatbestandserfüllung beim Eventualvorsatz und bei der Wissentlichkeit nur als Nebenfolge eines anderen, des an sich gewollten Ereignisses*]]».

⁴⁰⁸ Como antes queda dicho sí piensa que sea una circunstancia de tendencia incompatible con el dolo eventual: CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, ob. cit., pág. 374: «Se trata de una circunstancia agravante de tendencia. [y en nota 9 al pie:] Incompatible, por tanto, con el dolo eventual [...]». GRACIA MARTÍN, Luis, en *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, ob. cit., pág. 136: «Con respecto a la alevosía es preciso señalar ya que se trata de una agravante de tendencia, incompatible con el dolo eventual. La tendencia subjetiva del autor es la de asegurar la producción del resultado de muerte y evitar los riesgos que pudieran derivarse de la posible reacción defensiva de la víctima. Aun cuando el sujeto utilizase medios que objetivamente fueran idóneos para producir esos efectos, no podría afirmarse que actuara con dicha tendencia. En el dolo eventual el autor cuenta con la posibilidad de la producción del resultado, pero si no es el fin que

requiera, por tanto, una intención o verdadero querer dirigido a la comisión del delito contra las personas, entonces queda abierta igualmente la posibilidad de que la comisión alevosa sea compatible con el dolo eventual. Evidentemente la indagación acerca de esta posibilidad dependerá de la noción de dolo eventual de partida. Fundamentalmente existen dos grandes posturas en torno a las que se agrupan las teorías acerca del dolo eventual⁴⁰⁹; la representada por las teorías volitivas posicionadas a favor de la necesidad de algún grado de voluntad en el dolo eventual, y la postura de las teorías cognitivas, en contra de esta necesidad⁴¹⁰.

En cuanto a la posición de las teorías volitivas, mayoritaria en su día en la doctrina aunque actualmente en retroceso, considera que el dolo eventual también requiere, al igual que el dolo directo, de la *voluntad*⁴¹¹, pero a la vez reconociendo que

persigue, difícilmente podrá afirmarse que con sus actos quiera asegurar su realización».

⁴⁰⁹ En términos parecidos GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo 43, Núm. 2, 1990, pág. 421: «Prescindiendo de los distintos matices y eclecticismos, las teorías que tratan de aprehender el contenido del dolo eventual pueden reconducirse a dos: la teoría del consentimiento y la de la probabilidad».

⁴¹⁰ Dejaremos, en adelante, de lado la teoría del sentimiento o de la indiferencia que tiene una presencia escasa en nuestra doctrina. Acude a la teoría del sentimiento aunque exclusivamente como a un criterio que matiza la existencia de la voluntad MUÑOZ CONDE, Francisco José / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 273: «Un ulterior criterio para matizar la existencia de la voluntad respecto al resultado puede ser la desconsideración (la *recklessness* anglosajona), la falta de respeto o la indiferencia hacia el bien jurídico protegido (teoría del sentimiento). Este criterio sirve para imputar a título de dolo eventual casos como los de los ‘pilotos suicidas’ (aunque más bien habría que llamarles ‘homicidas’) que, para ganar una apuesta, conducen el automóvil a gran velocidad durante un largo trayecto por el lado contrario de la autopista. O como los del torturador que, para arrancar una declaración al acusado, lo interroga ‘hábilmente’». Igualmente QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Edit.: Aranzadi, 2ª edición, Pamplona, 2000, págs. 338 y ss., define los supuestos de dolo eventual como «casos en los que *se constata una conciencia de la posibilidad de un resultado como probable, pese a lo cual el autor ha actuado consintiendo o siéndole indiferente la producción de tal resultado* [pág. 338]», a lo que añade «la imposición de la pena no obedecería tanto al deseo que tuvo el autor de dañar un bien jurídico como al escandaloso desprecio que demostró tener por ese bien [pág. 340 y s.]», si bien es cierto que posteriormente (en la *Parte General del Derecho Penal*, ob. cit., 2010), ha asumido posiciones bastante cercanas a las tesis cognitivas. Críticos con la teoría del sentimiento son por ejemplo ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, «La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual», ob. cit., pág. 398: «la graduación del dolo o imprudencia depende de la entidad de la decisión, no de la clase de sentimientos que experimente el autor» y RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Edit.: J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, pág. 78: «Sin embargo, el principal problema de la teoría de la indiferencia probablemente sea que ya no resulta conjugable con una definición global de dolo, pues si algo hay distinto a querer el resultado es mostrarse indiferente frente a su acaecimiento». Sin embargo esta teoría ha tomado nuevos bríos a través de la intervención en el debate de JAKOBS, Günther, «Gleichgültigkeit als dolus indirectus», en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Tomo 114, 2002, pág. 594. Según JAKOBS a la hora de establecer el carácter doloso de un comportamiento lo determinante no está en el conocimiento o desconocimiento del autor acerca de la realización típica, sino en su actitud de indiferencia.

⁴¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco José / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., págs. 272 y s.: «En última instancia, todo el problema del dolo desemboca, a la larga, en la demostración de un elemento volitivo respecto al resultado, siendo insuficiente la simple representación de su probable

ésta se presenta *con un menor grado de intensidad*; en lugar de “intención” o “verdadero querer” se habla, entonces, de “consentimiento” o “aceptación”⁴¹². En cualquier caso, es necesario precisar que lo consentido o aceptado en las teorías volitivas no es la comisión o ejecución típica en sí, sino su eventualidad. Esta cuestión, sin embargo, no siempre llega a estar lo suficientemente aclarada, porque mientras unas veces se dice que el consentimiento o la aceptación están referidos a la *posibilidad* de la realización típica⁴¹³, otras, en cambio, se dice que lo están a la *realización* típica misma⁴¹⁴. Ciertamente se ha tratado de negar la existencia de disenso explicando que en el fondo el objeto del consentimiento o la aceptación era el mismo, porque, en palabras de LUZÓN PEÑA, «si el sujeto acepta y no rechaza la posible producción de resultado, está aceptando el resultado para el caso de que esa posibilidad o eventualidad se

producción. [...] Si la misión de la Teoría General del Delito consiste en suministrar un concepto *unitario de dolo* [...], no cabe duda que en el mismo debe incluirse también el elemento volitivo referido al resultado que el respectivo tipo delictivo exija como consumación del mismo».

⁴¹² LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, ob. cit., pág. 412: «Y en el dolo eventual [...] lo correcto materialmente y coherente sistemáticamente con las otras formas de dolo es exigir también un mínimo de voluntad en forma de aceptación o consentimiento ante la posibilidad, aquí no segura, de producción del hecho típico». JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal. Tomo V*, Edit.: Losada, 3ª edición, Buenos Aires, 1976, pág. 585: «[...] hay *dolus eventualis* cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción consiente, en última instancia, corriendo el riesgo de causarlo con tal de obtener el efecto que quiere ante todo». ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, Edit.: Akal/iure, 2ª edición anotada y puesta al día, Madrid, 1986: «El dolo eventual [...] es la voluntad que consiente o acepta el resultado criminal representado en la mente del sujeto sólo como posible». QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Curso de Derecho Penal, Tomo I*, Edit.: Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, págs. 280 y s.: «Existe un enlace psicológico de la voluntad con el resultado, bien como directamente querido (dolo directo), bien como aceptado (dolo eventual)».

⁴¹³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, ob. cit., pág. 359: «La teoría del consentimiento, que es la más extendida, afirma que debe apreciarse dolo eventual cuando el autor ha previsto la producción del resultado como posible (si la hubiera previsto ya como segura estaríamos simplemente en el ámbito normal del dolo directo) y pese a ello acepta (consiente) esa eventualidad [...]». COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho Penal. Parte General*, Edit.: Tirant lo Blanch, 5ª edición, Valencia, 1999, pág. 628 que exigen «que el autor haya asumido el resultado, siquiera como probable».

⁴¹⁴ CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, ob. cit., pág. 455: «La teoría del consentimiento es la que más amplia acogida ha hallado en la ciencia del Derecho penal española y la que mantiene generalmente el Tribunal Supremo. Con arreglo a la misma, se dará dolo eventual cuando el sujeto consienta o acepte la producción del resultado, mientras que si realiza la acción con la confianza de que el resultado no se produzca, se dará la imprudencia consciente o con representación». LANDECHO VELASCO, Carlos María / MOLINA BLÁZQUEZ, María Concepción, *Derecho Penal. Parte General: redactado conforme al nuevo Código penal de 23 de noviembre de 1995*, Edit.: Tecnos, 6ª edición, 2000, pág. 276, afirmándose que de acuerdo a la teoría del consentimiento «habrá dolo eventual cuando el sujeto acepte el resultado, para el caso en que se produzca». ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, «La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual», ob. cit., pág. 397: «La teoría del asentimiento (de la aprobación o del ‘consentimiento’ — en la terminología española) intenta delimitar el dolo eventual de la culpa con representación a través de un momento de carácter volitivo afirmando el dolo eventual cuando el autor no sólo se representa la posibilidad de la realización del tipo sino que, además, asiente interiormente a su realización —aprueba el resultado o lo acepta aprobándolo».

cumpla»⁴¹⁵. Sin embargo, el juego efectivo de las palabras no debe ocultar que sólo empleando un juicio de intenciones es posible deducir del hecho de que el autor asuma la mera posibilidad de la realización típica la consecuencia de que igualmente haya asumido la realización si esa posibilidad se cumple⁴¹⁶. Porque de aceptar la *posible* realización a aceptar la realización *cumplida en su posibilidad* existe ciertamente una larga distancia, que sólo se deja recorrer mediante un salto lógico por el que se atribuye al autor un estado de voluntad que no estaba presente en él. En realidad, en recorrer esta distancia consiste la pretensión de la fórmula hipotética de FRANK⁴¹⁷; a través de esta fórmula se intenta avanzar de una situación real, en la que el autor sólo había aceptado la posibilidad de la realización, a otra hipotética, donde el autor aceptaría la realización no como *posible* sino como de *cumplimiento seguro*, bajo la suposición de habérsela representado como un acontecimiento cierto derivado de su actuación. No es preciso ocuparnos en detalle de las críticas⁴¹⁸ que ha recibido esta forma de operar, para advertir

⁴¹⁵ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, ob. cit., pág. 420 nota 14.

⁴¹⁶ En contra de afirmación de LUZÓN PEÑA arriba expuesta también CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, ob. cit., pág. 456: «La teoría del consentimiento no es convincente, pues en realidad el sujeto no acepta o consiente el resultado sino sólo en la posibilidad de su producción [y en nota al pie 101:] De otra opinión Luzón Peña, según el cual, ‘si el sujeto acepta y no rechaza la posible producción del resultado, está aceptando el resultado para el caso de que esa posibilidad o eventualidad se cumpla [...] Pero esto no es ya un elemento subjetivo realmente existente, sino un juicio de valor sobre la actitud emocional del sujeto».

⁴¹⁷ FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nebst Einführungsgesetz*, 18ª edición, Tübingen, 1931, observación V acerca del § 59, pág. 182: «Si se llega al resultado de que el autor habría actuado también en caso de conocimiento cierto, ...entonces debe afirmarse el dolo; si se llega al resultado de que él habría omitido la acción en caso de conocimiento cierto, entonces debe negarse el dolo [Kommt man zu dem Ergebnis, daß der Täter auch bei bestimmter Kenntnis gehandelt hätte,so ist der Vorsatz zu bejahen; kommt man zu dem Ergebnis, daß er bei bestimmter Kenntnis die Handlung unterlassen hätte, so ist der Vorsatz zu verneinen]».

⁴¹⁸ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Acerca del dolo eventual», en *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, 2ª edición, Madrid, 1981, págs. 186 y s.: «En realidad, la teoría del consentimiento tiene como presupuesto que el juez se plantee por el sujeto activo lo que éste nunca se planteó (considerar como cierto lo que sólo le pareció probable) y que conteste por ese sujeto lo que éste nunca se contestó a la cuestión por él nunca planteada (si imaginando el resultado como seguro, habría o no actuado) [...] se le hace responder por una aceptación del resultado que en realidad no prestó, por una voluntad que no tuvo, por algo, en definitiva, que no ha hecho [...] lo que en realidad decide la teoría del consentimiento es si el agente tiene aspecto de facineroso o de buena persona [...] Todo ello es (autoritario) Derecho penal de autor y no (democrático) Derecho penal de hecho, es culpabilidad por el carácter y no culpabilidad por el hecho». OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio / HUERTA TOCILDO, Susana, *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, Edit.: Rafael Castellanos, 2ª edición corregida y aumentada, Madrid, 1986, ob. cit., pág. 131: «o bien el juez [...] decide fiado por completo de la respuesta que el justiciable dé a la pregunta sobre cuál habría sido su actitud mental si el resultado producido en lugar de posible se le hubiera aparecido como seguro [...], o el juez suplanta al justiciable y contesta por él una cuestión que se ignora si alguna vez el justiciable se formuló [...] Pregunta y respuesta que el juez ha de formularse sin más apoyo que los datos obrantes en su poder sobre la personalidad del delincuente, lo que supone un peligroso procedimiento que puede conducir a verdaderos diagnósticos de responsabilidad penal por la ‘forma de vida’ del autor». MUÑOZ CONDE, Francisco José / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 272, para quien la teoría del consentimiento (en su versión hipotética de FRANK) «presume algo que no se da en la realidad: que el autor se plantea lo que haría en caso de que el

que si se admite, como pretende la fórmula de FRANK, que el objeto del consentimiento o la aceptación está determinado, en lugar de por una realización típica *posible*, por la *certeza* de la realización, entonces se abandona definitivamente el campo específico de dolo eventual para entrar dentro del dominio del dolo directo de segundo grado, en cuanto que en éste tipo de dolo el autor asume la realización como *necesaria* o *cierta* en lugar de como *eventual* o *posible*.

Ahora bien, si en las teorías volitivas el objeto de la aceptación o el consentimiento es sólo la *eventual* realización típica, entonces es cierto que dicha manifestación volitiva puede considerarse superflua en la medida en que se deja deducir de manera automática a partir del conocimiento. Los defensores de las teorías cognitivas sobre el dolo eventual tienen entonces razón; la aceptación o consentimiento del autor respecto a la eventual o posible realización del delito es innecesaria, porque emerge automáticamente con sólo que se cumpla la condición de que el autor conozca la posibilidad de su realización y pese a ello actúe⁴¹⁹. Cuestión distinta es saber cómo se

resultado fuera de segura producción. En efecto, la teoría de la voluntad se basa en confrontar al delincuente con el resultado cuando éste todavía no se ha producido, imaginándolo como efectivamente acaecido. Pero es que además, no siempre se puede demostrar un querer efectivo, ni aun en los casos en que el autor se imagine el resultado como seguro». LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, ob. cit., pág. 421: «La incorrección de esta última [la fórmula hipotética de FRANK] se deriva de que pretende enfrentar al sujeto con algo que normalmente no se ha representado: la decisión que tomaría si supiera seguro que iba a producir el hecho, pero que además no es o decisivo, pues lo que importa es su posición frente a una situación en que precisamente sabe que no es segura, sino sólo posible la producción del hecho». ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, «La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual», ob. cit., pág. 399: «el dolo eventual conlleva una típica situación de inseguridad que es incorrecto comparar con otras —completamente distintas— de seguridad».

⁴¹⁹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., págs. 275 y s.: «Es correcto exigir para el dolo eventual que pueda hablarse de un verdadero ‘querer’ como ‘aceptar’. También es acertado señalar que para ese aceptar basta el ‘conformarse con’, que no requiere tanto como desear, perseguir, aprobar o consentir con agrado. Pero dicha forma de querer concurre *necesariamente* siempre que se impulsa o mantiene voluntariamente (o, si se prefiere, que se decide llevar adelante) la conducta que se advierte como suficientemente peligrosa para el caso concreto. Quien ‘toma en serio’ la probabilidad del delito, en sentido de que no la descarta, ha de aceptar necesariamente dicha probabilidad si decide realizar la conducta peligrosa. La aceptación va implícita en el actuar voluntariamente *sin descartar* la probabilidad del delito, del mismo modo que querer la conducta a conciencia de la probabilidad rayana en la seguridad de que produzca el resultado típico implica la aceptación en el dolo directo de segundo grado». BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Edit.: Akal/iure, 4ª edición totalmente actualizada y basada en la nueva redacción del Código penal, LO 10/95, Madrid, 1997, pág. 228: «el elemento volitivo (el querer del autor del hecho que se representa) resulta, en realidad, superfluo, dado que es evidente que quien conoce el peligro concreto generado por su acción y actúa es porque, al menos, tiene una clara actitud de menosprecio por la seguridad del bien amenazado». QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, ob. cit., pág. 354: «Los partidarios de la teoría de la representación sostienen que, en rigor, no es correcto calificar de queridos, como hacen los que se adscriben a la teoría de la voluntad, aquellos resultados inevitables pero no directamente deseados. En realidad la polémica tiene bastante de bizantina, pues en la práctica, la voluntad se infiere precisamente de que el autor actuó representándose el resultado, es decir, que voluntad y representación del resultado son elementos del dolo que no tienen por qué excluirse mutuamente sino que pueden y deben unirse».

concreta dentro de cada teoría cognitiva ese particular conocimiento eventual o posible que da lugar al dolo eventual. De un lado, los partidarios de la teoría de la probabilidad⁴²⁰ han recurrido a un criterio *cuantitativo* con arreglo al cual concurre dolo eventual cuando el autor conoce de una *alta probabilidad* de la realización del delito. Sin embargo, debido a la dificultad para determinar *cuantitativamente* el grado exacto de probabilidad percibida en cada caso por el autor⁴²¹, así como para establecer el concreto porcentaje que con carácter general determinaría una alta probabilidad⁴²², se

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, «En el límite entre dolo e imprudencia», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo 38, Núm. 3, 1985, pág. 973: «si el autor conoce el peligro objetivo que representa su conducta y ésta es voluntaria, resulta que quiere la acción en cuanto peligrosa para un determinado bien jurídico. Con ello estaremos ante un hecho doloso, aunque el autor no quiera, no acepte, no apruebe o no se conforme con el concreto resultado lesivo». También en relación con la alevosía deduce la voluntad del conocer y “obrar en consecuencia” la STS 3967/2010 de 29 de junio: «Asimismo, ha de ponerse de relieve la particular significación que tiene el dolo en esta forma peculiar de asesinato, al ser necesario que el conocimiento y la voluntad del autor del delito abarque no sólo el hecho de la muerte, sino también el particular modo en que la alevosía se manifiesta, pues el sujeto ha de conocer el homicidio y ha de conocer también que lo realiza con la concreta indefensión de que se trate, y obrar en consecuencia (voluntad) requisito que ha de concurrir en este delito como en cualquier otro de carácter doloso, el cual aparece recogido en el texto legal (art. 22.1ª) con la expresión ‘tiendan directa y especialmente a asegurarla’».

⁴²⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», ob. cit., pág. 428: «[...] —teoría [de la probabilidad] que defendí por primera vez hace 21 años, y que sigo defendiendo—, y para la cual existe dolo eventual cuando se somete al bien jurídico protegido a un gravísimo riesgo de lesión, siendo irrelevante que para el caso hipotético de producción segura del resultado el autor hubiera obrado igualmente o se hubiera abstenido de actuar». OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio / HUERTA TOCILDO, Susana, *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, ob. cit., pág. 133: «La concurrencia de una elevada probabilidad de producción de ese resultado conocida por el sujeto, fundamenta la afirmación de la existencia del dolo eventual, independientemente de la indemostrable actitud interna que el sujeto tuviera respecto de dicho resultado (aceptación, rechazo, etc.). Desde este punto de vista, el dolo eventual podría definirse como aquella situación en la que el autor considera sumamente probable que su comportamiento realice el tipo del delito de que se trate, pese a lo cual pone en práctica ese comportamiento». QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal*, ob. cit., pág. 361: «La imposición de la pena se fundará en la realización consciente de una acción que se sabe gravemente lesiva para bienes tutelados. Éstas son las razones que abogan a favor de la teoría de la probabilidad, cuyo mérito no se sitúa tanto en su menor recurso a las presunciones cuanto en que deja de lado la necesidad de probar algo tan recóndito como el ‘consentimiento’ [...]»

⁴²¹ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, ob. cit., pág. 424: «Y por lo demás, las dificultades probatorias de la representación del grado del peligro por parte del sujeto y de su juicio más o menos aproximado serán como mínimo no inferiores a las que se atribuyen —como crítica— a la comprobación de la existencia o no del consentimiento». LANDECHO VELASCO, Carlos María / MOLINA BLÁZQUEZ, María Concepción, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 276: «no es fácil cuantificar dicha probabilidad». ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, «La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual», ob. cit., pág. 404: «el Juez ha de entrar a valorar si el autor, en el momento de la acción, juzgó el riesgo de realización del tipo como poco elevado o como muy elevado. La dificultad expuesta puede ser extrema cuando la probabilidad advertida por el autor ni es muy elevada ni es muy pequeña. Es imposible cuantificar los porcentajes de probabilidades».

⁴²² LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, ob. cit., pág. 423: «Además, la teoría de la *probabilidad* presenta el grave inconveniente de la *imprecisión* a la hora de fijar el grado de posibilidades que ha de representarse el sujeto (con la dificultad adicional por tanto de un juicio subjetivo, no del grado objetivo de peligro) para marcar la frontera entre la conciencia de lo simplemente posible y la de lo probable, y por tanto entre la imprudencia consciente y el dolo eventual». LANDECHO VELASCO,

han planteado por otro lado alternativas en términos *cualitativos* frente a la teoría de la probabilidad. Desde esta perspectiva cualitativa, cada vez más presente en nuestra doctrina⁴²³, la apreciación del dolo eventual no se decide de acuerdo a la *cantidad* mayor o menor de probabilidad representada, sino conforme a su *cualidad* de concreta o abstracta. Así el autor doloso-eventual es el que reconoció *concretamente* la posibilidad de realización típica, frente al imprudente que únicamente se representó la posibilidad *en general*. Lo que exige una explicación de la diferencia entre posibilidad o peligro abstracto y posibilidad o peligro concreto⁴²⁴. Por abstracto se suele entender el riesgo

Carlos María / MOLINA BLÁZQUEZ, María Concepción, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 276: «quedarían sin resolver los casos intermedios (una probabilidad mediana) que son los que mayores dificultades producen en la práctica». ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, «La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual», ob. cit., pág. 404: «no existiría ninguna razón para elegir una cifra —el 20 por 100 o el 30 por 100— como frontera entre el dolo (eventual) y la culpa consciente».

⁴²³ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit. pág. 225, «el dolo se caracteriza básicamente por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, de los elementos que caracterizan la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido». EL MISMO, *Teoría y práctica del Derecho penal, Tomo I*, ob. cit., págs. 541 y s.: «De este modo, la delimitación del dolo y la culpa se establece según el grado de peligro atribuido por el autor a su acción. Si el peligro es *concreto*, la ejecución del hecho será dolosa, aunque el autor haya supuesto irracionalmente que no realizaría el tipo. Precisamente la mera confianza en la buena suerte o en suposiciones carentes de fundamento es la expresión más clara de la indiferencia respecto de la lesión jurídica. Si la suposición tiene una base racional, pero apoyada en alguna percepción errónea, que permita afirmar que el autor ha considerado que el peligro *no* era concreto, se excluirá el dolo». MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., págs. 275 y s.: «El dolo exige conocimiento de la concreta capacidad de la conducta para producir el resultado típico fuera del marco del riesgo permitido. Esa peligrosidad concreta y típicamente relevante es la base objetiva a que debe referirse la representación intelectual necesaria para el dolo. Pero no se trata de cuantificar un determinado grado de probabilidad que deba advertir el sujeto —como pretende la teoría de la probabilidad— [...] Es correcto exigir para el dolo eventual que pueda hablarse de un verdadero ‘querer’ como ‘aceptar’ (la concreta probabilidad de que se realice el peligro) [...] Pero dicha forma de querer concurre necesariamente siempre que se impulsa o mantiene voluntariamente (o, si se prefiere, siempre que se decide llevar adelante) la conducta que se advierte como suficientemente peligrosa para el caso concreto». RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, ob. cit., pág. 175: «[...] concurre una realización dolosa cuando un sujeto actúa pese atribuir a su conducta la concreta capacidad de realizar un tipo penal», pero que sin embargo reconoce que la definición es incompleta para hacer frente a problemas como el privilegio a la irracionalidad, el castigo a la escrupulosidad, la determinación de la realización del juicio de aptitud lesiva y la diferencia entre dolo de puesta en peligro y dolo de lesión, para lo que será necesario acudir para la determinación del dolo al sentido social del hecho y de las circunstancias que lo acompañan. LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dolo y conocimiento*, Edit.: Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 248: «En definitiva, atendiendo a la fundamentación expuesta, la esencia del delito doloso debe fijarse en la realización de una acción a pesar de conocer el peligro concreto de lesión del bien jurídico».

⁴²⁴ DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, Edit.: Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 121: «Por riesgos abstractos se entiende generalmente en la doctrina aquellas acciones que de un modo general se muestran como peligrosas, aquellas acciones que estadísticamente conllevan normalmente la producción del resultado», y más adelante en la pág. 225: «Los comportamientos que llevan implícito un riesgo concreto son aquellos que, tras haberse agotado todas las circunstancias del caso concreto aún se muestran como peligrosos, entendiendo por peligroso aquel comportamiento cuya ejecución contiene la posibilidad de producción de unas consecuencias determinadas». BARBERO SANTOS, Marino, «Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Tomo 26, Núm. 3, 1973, pág. 489: «En los delitos de peligro concreto el peligro es un elemento del tipo y se exige, en consecuencia, para que pueda hablarse de realización típica, la

aparejado a aquellas acciones que de forma estadística o general conducen a la realización de delitos (de resultado), siendo, precisamente, esas acciones, a través de una presunción *iuris et de iure*, las que fundamentan los delitos de peligro abstracto. Pero el riesgo abstracto dista todavía de ser concreto, pues éste último requiere que el riesgo subsista en el caso individual, es decir, de forma que pese al riesgo general advertido, una vez tomadas en cuenta todas las circunstancias del caso concreto todavía no quede descartada la posibilidad de realización típica⁴²⁵. Por lo tanto el autor que actúa con dolo eventual es aquel que reconoce el riesgo o la posibilidad concreto de cometer el delito, en la medida en que una vez tomadas en cuenta las circunstancias particulares de su caso no puede descartar su comisión.

Si se traslada la concepción del dolo eventual de las teorías cognitivas en su versión cualitativa a la problemática de la alevosía, esto significa que podría afirmarse una forma de comisión alevosa cuando el autor conoce la posibilidad o riesgo concreto de cometer un delito contra las personas y pese ello actúa (dolo eventual), aunque su intención no fuera cometer tal delito (dolo directo de primer grado), ni contara con su segura producción (dolo directo de segundo grado). Pero, ¿es esto posible? A mi juicio sí. En primer lugar, porque cuando hemos estudiado el elemento objetivo material de la alevosía (qué delito se comete o asegura) se ha mantenido que éste no consiste *propiamente* en la comisión o aseguramiento en sí de un delito contra las personas, sino en la tendencia objetiva o idoneidad (de los medios, modos o formas) para el aseguramiento o la comisión de tal delito. Esto se debía a que la alevosía es una forma de ejecución que debe dirigirse o ser idónea para ejecutar o cometer algo —un delito contra las personas—, pero eso no significa que aquello para lo que es idónea —la ejecución o comisión de tal delito— se tenga que alcanzar; se puede actuar alevosamente aunque no se consiga el objetivo. Si el elemento objetivo es la idoneidad de los medios,

demostración de que se produjo efectivamente la situación de peligro. En los delitos de peligro abstracto, el peligro no es un elemento del tipo, sino la razón o motivo que llevó al legislador a incriminar la conducta. En el primer caso el legislador parte de que una determinada situación puede ser peligrosa y conmina penalmente su realización en el supuesto de que lo sea. En el segundo caso el legislador parte de que una determinada situación comúnmente es peligrosa y conmina, sin más, con pena su realización. En los delitos de peligro concreto se castiga una conducta en la eventualidad de que sea peligrosa. En los delitos de peligro abstracto por la probabilidad de que lo sea».

⁴²⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pág. 275: «No importa la sola conciencia de la probabilidad estadística, sino el pronóstico concreto de lo que puede ocurrir en el caso particular». LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dolo y conocimiento*, ob. cit., págs. 288 y s.: «[...] no se trata de conocer la simple aptitud genérica de la conducta para originar peligros indeterminados para los bienes jurídicos [...], sino de la representación de un riesgo concreto, inmediato...».

entonces desde la perspectiva subjetiva el conocimiento del autor debe recaer sobre ésta y no sobre la comisión⁴²⁶. Ahora bien, afirmar que el autor conoce la (directa o especial) idoneidad de los medios para cometer el delito es similar a decir que conoce la posibilidad o riesgo concreto de comisión que conllevan sus medios de actuación (dolo eventual); si los medios son directa o especialmente idóneos para asegurar la ejecución es porque conllevan un riesgo concreto de la comisión del delito, y conocer este tipo de riesgo no es otra cosa que el dolo eventual.

En segundo lugar, en los supuestos de *dolo eventual* también puede darse lo peculiar del comportamiento alevoso; cometer un delito contra las personas *eliminando la legítima defensa*. Porque si el autor alevoso conoce la idoneidad o riesgo concreto de comisión inherente a sus medios de actuación (*dolo eventual*), ello se debe a que a través de dichos medios ha *eliminado la legítima defensa* de la víctima; porque en la ejecución anuló la defensa de la víctima, el autor (re)conoce que la comisión es posible en su caso, en su aquí y ahora, es decir, concretamente y no sólo de manera general. De ahí que el dolo eventual del autor alevoso no sea, en definitiva, otra cosa que cometer un delito contra las personas conociendo que los «medios, modos o formas» de actuación, *en virtud de que han eliminado la defensa*, son concretamente peligrosos (=directa o especialmente idóneos) de cara a la comisión (producción del resultado). Ahora bien si el autor conoce que su *eliminación de la defensa* es idónea o conlleva un riesgo concreto de cometer el delito, no se comprende por qué no habría de apreciarse la alevosía. Imaginemos el ejemplo de quien subido a un puente, con objeto de divertirse “pasando un buen rato” con las comprometidas maniobras de los conductores, se dedica a lanzar piedras a los vehículos desprevenidos que transitan por debajo. En el caso de que algún conductor resultara muerto a consecuencia de un choque producido por la caída de una piedra arrojada desde el puente, habría que negar dolo directo en todo caso.

⁴²⁶ En el mismo sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, Javier, «Artículo 10.1», ob. cit., pág. 73: «A mi entender, nos encontramos con una circunstancia que requiere, por un lado, la interposición de medios, modos o formas que tiendan, objetivamente, al aseguramiento de la ejecución sin riesgo para el agente, y por otro que esos datos objetivos sean abarcados por el dolo del sujeto activo». PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 201: «En este plano [aspecto interno] es necesario, desde luego, el conocimiento por el sujeto de la idoneidad de los medios o modos empleados para asegurar la ejecución del hecho y excluir el riesgo derivado de posibles acciones defensivas por parte de la víctima». SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 901: «Desde la interpretación que sostengo, sin embargo, el sujeto ha de conocer que utiliza unos medios, modos o formas que tienden directa o especialmente a asegurar la ejecución —aptos para tal menester— [...]»

Negarlo de primer grado, porque la intención de quien arroja las piedras no está dirigida a provocar la muerte de los conductores, sino a divertirse “pasando un buen rato”, pero también de segundo grado, pues el peligroso bromista tampoco se representa con necesidad la provocación de una muerte; la piedra habitualmente podrá caer, en virtud del azar, de manera que no provoque un accidente mortal. Naturalmente se trata de un caso de dolo eventual, donde el autor se ha representando el riesgo concreto de la muerte de alguno de los conductores. Ahora bien, si el riesgo representado es concreto y no general, se debe al modo de ejecución alevoso empleado: arrojar piedras a quien desprevenido no puede reaccionar *defensivamente* frente al ataque. En la medida en que el autor conoce que su eliminación de la defensa está conllevando un riesgo concreto de cometer el delito, no debe existir ninguna razón para dejar de apreciar en el caso la alevosía⁴²⁷. Idéntica solución merece otro ejemplo expuesto por RENGIER: «El matrimonio del acusado estaba destrozado, porque la mujer se había decantado por otro hombre. En un viaje común en coche el acusado cayó, ‘debido al comportamiento agresivo de su mujer y a los reproches injustificados’, en un ‘estado de tensión espiritual de desgarramiento y excitación’. Decidió espontáneamente matarse mediante un accidente causado dolosamente, en el cual para él también era bienvenida la muerte de su mujer. La desprevenida e indefensa mujer fue herida mortalmente a causa del accidente»⁴²⁸. En este y en otros muchos casos que podrían plantearse —por ejemplo quien coloca una bomba persiguiendo un objetivo distinto a matar⁴²⁹ (para recibir un

⁴²⁷ MÜSSIG, Bernd, «Normativierung der Mordmerkmale durch den Bundesgerichtshof?...», ob. cit., pág. 120: «La alevosía, debido a la ‘manifiesta falta de prevención e indefensión de la víctima que existe aquí’, fue por ejemplo aceptada en los lanzamientos de piedras a vehículos que circulan desde un puente sobre una autopista federal [*Heimtücke wegen der ‘hier offen zutage liegenden Arg- und Wehrlosigkeit der Opfer’ wurde z. Bsp. angenommen bei Steinwürfen auf fahrende Fahrzeuge von einer Brücke über einer Bundesautobahn*]».

⁴²⁸ RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (II)», ob. cit., pág. 1 (la referencia de la sentencia es HOLTZ, MDR 1979, pág. 455): «*Die Ehe des Angeklagten war zerrüttet, weil sich die Frau einem anderen Mann zugewandt hatte. Auf einer gemeinsamen Autofahrt geriet der A ‘durch das aggressive Verhalten seiner Frau und die unbegründeten Vorwürfe’ in einem ‘seelischen Spannungszustand der Zerrissenheit und Erregung. Er beschloß spontan, sich durch einen vorsätzlich herbeigeführten Unfall zu töten, wobei ihm auch der Tod seiner Frau willkommen war. Die (arg- und wehrlose) Frau wurde durch den Unfall tödlich verletzt*».

⁴²⁹ Ejemplos de este tipo son los conocidos casos Bultó (págs. 422-424: miembros del Ejército Popular Catalán colocaron a José María Bultó un explosivo en la zona torácica pidiéndole la entrega de una suma a cambio de su retirada) e Hipercor (págs. 424-426: la organización terrorista ETA colocó un vehículo cargado de explosivo en el aparcamiento del supermercado Hipercor de Barcelona, avisando de su colocación) comentados por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», ob. cit., y considerados por el autor como asesinatos a pesar de mediar únicamente dolo eventual. Igualmente remite a un caso de este tipo PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 204: «Así nos hallaremos ante un asesinato cualificado por alevosía, por ejemplo,

rescate por su desactivación o porque sus reivindicaciones alcancen repercusión mediática) y avisa de su colocación o quien inutiliza los frenos⁴³⁰ de un competidor en una carrera de coches—⁴³¹ debe apreciarse alevosía porque aunque el autor cuente sólo con la posibilidad de cometer el delito, sabe sin embargo que es concreta o especialmente posible que ocurra, puesto que la víctima no se puede defender.

En definitiva, el modo de comportamiento alevoso es compatible tanto con dolo directo de primer grado —el autor *quiere o tiene intención* de cometer el delito contra las personas—, como con dolo directo de segundo grado —el autor se *representa como necesaria* la comisión—, pero también con el dolo eventual —el autor *conoce el riesgo concreto* (idoneidad) de comisión—. Considerar, en cambio, que el autor alevoso en ningún caso actúa con dolo eventual significa excluir del ámbito de la alevosía supuestos en que el autor si bien no tiene la *intención* de realizar el delito, ni se lo *representa como necesario*, no puede evitar *representárselo como concretamente posible*, en la medida en que ha empleado una modalidad de actuación que elimina la legítima defensa de la víctima. Pero justamente en esto —en el hecho de eliminar la defensa legítima— radica lo característico, según se mantiene a lo largo de este trabajo, de la alevosía y no, en cambio, en el grado de intensidad dolosa. Y lo cierto es que el dolo eventual no impide que el autor se represente que, frente al eventual ataque que dirige a la víctima, ésta no podrá recurrir al derecho de defenderse. Admitidas las tres modalidades dolosas, en la medida en que el dolo directo de primer grado y de segundo grado suponen mayores requisitos que el dolo eventual, bastará, respecto al elemento objetivo *material* de la alevosía (qué delito se comete o asegura), con constatar el

si alguien, con el propósito exclusivamente de producir daños patrimoniales o alarma en la población, pone una bomba de relojería en unos grandes almacenes y avisa de su colocación a la policía con una antelación que, como él mismo sabe, es insuficiente para garantizar que no se verán afectadas las vidas de los clientes o trabajadores del establecimiento o de los policías que acudan al lugar, produciéndose por ello la muerte de alguna personas».

⁴³⁰ La manipulación de vehículos a motor parece ser siempre alevosa. Así PANNAIN, Remo, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Edit.: Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), Torino, 1965, pág. 50: «Empleando un medio insidioso que no solamente es el medio fraudulento, sino también todo medio, también si se considera violento para otros efectos, del cual venga celado el uso, u ocultada o disimulada la eficiencia letal, como la realización de un acto de sabotaje sobre el motor de un aeroplano [*Adoperando un mezzo insidioso, che è non soltanto il mezzo fraudolento, ma altresì ogni mezzo, anche se, pero altri effetti, considerato violento, di cui venga celato l'uso ovvero occultata o dissimulata la efficienza letale, come il compimento di un atto di sabotaggio sul motore di un aeroplano*]».

⁴³¹ También son ejemplos de alevosía los que da MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte especial*, ob. cit., pág. 54, aunque el autor considere, pese a manifestar dudas y admitir que producen los mismos sentimiento de rechazo que los casos de dolo directo, que no son alevosos; el incendio en casa habitada (art. 351), descarrilamiento de un tren de pasajeros (art. 346), atentado terrorista (art. 572,2,1°).

minimum del dolo eventual; no será necesario que la intención del autor sea la comisión de un delito contra las personas (producción del resultado), ni que vea esta comisión como una consecuencia necesaria, sino que será suficiente con que *conozca* el riesgo concreto de cometer tal delito. De ahí que también la vertiente subjetiva respecto al elemento objetivo material se pueda explicar en términos *cognoscitivos*, sin necesidad de recurrir a la noción de voluntad, como cometer un delito contra las personas *conociendo* que los «medios, modos o formas» de actuación empleados —gracias a que eliminan la defensa— son concretamente peligrosos (=directa o especialmente idóneos) para la comisión de tal delito (producción del resultado).

En resumen, si dos eran los elementos objetivos —a) formal: emplear medios que eliminan la defensa y b) material: idoneidad de los medios para asegurar o cometer un delito contra las persona—, ambos deben ser abarcados subjetivamente por el autor. Éste debe (actuar a pesar de) conocer a) que emplea medios que eliminan la defensa y b) que dichos medios son idóneos (=conllevan un *riesgo concreto*) para el aseguramiento o comisión de un delito contra las personas (dolo *eventual*), sin que sea necesario además —si bien es también posible— que su *intención* fuera cometer tal delito (dolo *directo de primer grado*) o *se representara como segura* dicha comisión (dolo *directo de segundo grado*).

2.3 b) ¿Un ánimo especial?

Con frecuencia en nuestros antiguos penalistas, defensores de un fundamento subjetivo de la agravante, se encuentran apelaciones al carácter cobarde, perverso, pérfido, vil, traicionero, etc. del autor alevoso⁴³², apelaciones que se repiten en la

⁴³² JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, «El elemento psicológico de la alevosía», ob. cit., pág. 451: «Ordinariamente la alevosía se equipara con la traición y la perversidad y de este modo el que actúa alevosamente es un traidor, un pérfido o felón; persona de oscuros e insospechados resortes morales que encubre bajo falsa apariencia de una conducta social, moralmente irreprochable». CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal conforme al “Código penal, texto refundido de 1944”, Tomo I (Parte General)*, ob. cit., pág. 528: «Posee esta circunstancia un fondo de cobardía consistente en cometer el delito sin peligro para el reo». PUIG PEÑA, Federico, «Alevosía», ob. cit., pág. 559: «[...] [la alevosía] revela siempre la *máxima perfidia*, como se dice en otra sentencia, lo que justifica una especial agravación por razón de una *mayor culpabilidad*. Esta perfidia se manifiesta, sobre todo, en el ataque a la *víctima totalmente indefensa*, como el niño, el ciego, el durmiente o persona mortalmente herida, pues que aquí no es sólo la eliminación del riesgo lo que merece destacarse, sino la *abyección* que supone dar muerte a esos seres indefensos». DEL ROSAL FERNÁNDEZ, Juan, «Sobre alevosía, atenuante de miedo insuperable y premeditación en el asesinato», ob. cit., pág. 535: «[...] realmente el individuo que mata *alevosamente* revela una mayor *perversidad*, una voluntad más culpable y, por consiguiente, una sobreestimación [sic] de su ánimo de desprecio a la ley, de su idea de matar bajo signo ciertos de una inferior estimación de

jurisprudencia, con más insistencia en sentencias antiguas, pero sin haber desaparecido por completo en las más recientes⁴³³. Este hecho puede llevar a la siguiente pregunta: ¿se agota el análisis de la vertiente subjetiva en la alevosía en averiguar si el conocimiento del autor se extendió sobre los elementos objetivos típicos de la alevosía, o acaso debe comprobarse además que el autor ha manifestado un determinado ánimo especial?

Ya a finales de los años cincuenta del siglo pasado SCHMIDHÄUSER se planteó esta misma cuestión en los siguientes términos: «¿Se quiere decir con ‘alevosía’ sólo un suceso ocurrido exteriormente? ¿Basta este suceso, si el autor lo había experimentado conscientemente, como motivo para el reconocimiento de la actitud notablemente más reprochable del autor, como la tenemos que suponer para el asesinato en comparación con el caso de partida del homicidio? ¿O este incremento de la culpabilidad sólo entonces se puede mostrar como ‘alevoso’ cuando con ‘alevoso’ se quiere de manera

respeto a la vida humana». FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código Penal, Tomo I*, ob. cit., pág. 338: «El carácter subjetivo que defendemos en la alevosía está plenamente de acuerdo con la significación tradicional de la agravante, puesto que, como hemos visto, ella representa tanto como traición, y traidor no es sino el que conoce el alcance de su conducta».

⁴³³ STS 4969/1979 de 10 de marzo (perversidad en la intención y traicionera cobardía); STS 4520/1979 de 13 de octubre (mayor frialdad y perversidad de ánimo); STS 955/1984 de 10 de mayo (crueldad y perversidad); 820/1985 de 23 de mayo (cobardía, vileza, maldad, felonía, traición, perversidad); STS 804/1995 de 19 de noviembre (mayor perversidad y peligrosidad en el agente); STS 8869/1989 de 29 de septiembre (singular perversidad y bastardía de sentimientos); STS 6885/1995 de 7 de junio (mayor plus de perversidad y de maldad); STS 4127/1995 de 12 de julio (cobardía más ruin); STS 5316/2000 de 29 de Junio (mayor perversidad y cobardía); STS 7294/2009 de 10 de noviembre (mayor perversidad criminal del autor); STS 922/2010 de 22 de enero y STS 4302/2011 de 17 de junio (cierta vileza o cobardía en el obrar); STS 2563/2010 de 14 de mayo y STS 3967/2010 de 29 de junio (ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero); STS 3760/2010 de 28 de mayo (el elemento de la traición, de la cobardía o vileza que pertenece a la más clásica definición de la alevosía); STS 2230/2011 de 30 de marzo (provocando cobardemente una muerte segura); STS 2039/2011 de 14 de abril (ánimo [sic] particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero); STS 5129/2011 de 28 de junio, STS 5144/2011 de 19 de julio, STS 7290/2011 de 2 de noviembre, STS 7689/2011 de 10 de noviembre, STS 5344/2012 de 11 de julio, STS 4775/2013 de 8 de octubre, STS 1465/2014 de 16 de abril, STS 2432/2014 de 10 de junio, STS 5083/2014 de 12 de diciembre, STS 5442/2014 de 26 de diciembre, STS 677/2015 de 25 de febrero, STS 824/2015 de 12 de marzo y STS 2446/2015 de 4 de mayo (un ánimo [sic] particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero). Sin embargo hay sentencias que lo niegan como STS 5615/2010 de 14 de octubre: «Ciertamente la Sala de instancia alude a la brutalidad y a la cobardía. Pero ni aquélla le lleva a estimar ensañamiento, ni ésta le permite proclamar la concurrencia de alevosía» y STS 2150/2011 de 15 de febrero: «Respecto a la aplicación de la alevosía, sostiene el recurrente que requiere ‘desde el principio de la acción criminal, que nazca desde el propósito homicida del autor si existe perversidad en la intención y la traicionera cobardía de obrar’. Este argumento no es compartido por la Sala, pues la alevosía se caracteriza por la selección de medios, modos o formas de actuar dirigidas a asegurar el resultado sin riesgo para el autor del hecho que pudiera provenir de la víctima».

inmediata decir, según sea el caso, una actitud en extremo contraria a valores morales que debe determinarse especialmente?»⁴³⁴.

En los últimos años nuestra doctrina ha ofrecido respuesta a estas preguntas defendiendo la postura de que una actitud o un ánimo especial del autor resulta irrelevante a la hora de apreciar la circunstancia de alevosía. Las razones alegadas se resumen en las siguientes: el recurso de los penalistas antiguos a términos como “cobardía”, “perversidad”, “vileza” o “traición” constituye meramente el intento teórico de dotar de un fundamento subjetivo a la circunstancia⁴³⁵, pero tales caracterizaciones morales no representan a nivel práctico el requisito adicional en el autor de un ánimo especial para la apreciación de circunstancia, sino que, en el mejor de los casos, dichos términos deben ser entendidos como una confirmación de haber abarcado subjetivamente el autor los elementos objetivos de la circunstancia⁴³⁶; así, según parece,

⁴³⁴ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*, ob. cit., pág. 232 y s.: «[...] ist mit ‚heimtückisch‘ nur ein äußerer Geschehenshergang gemeint? Genügt dieser Hergang, wenn ihn der Täter bewußt erlebt hat, als Erkenntnisgrund für die erheblich verwerflichere Gesinnung des Täters, wie sie für den Mord im Vergleich zum Ausgangsfall des Totschlags voraussetzen müssen? Oder kann diese Schuldsteigerung nur dann mit ‚heimtückisch‘ angezeigt sein, wenn damit der Sache nach unmittelbar eine besonders zu bestimmende, sittlich äußerst wertwidrige Gesinnung des Täters gemeint ist?».

⁴³⁵ ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 151: «Algunos autores, recogen estas expresiones características de alevosía ‘traición, cobardía ..., etc.’ pero no para entender que éllas [sic] encierran un especial ‘animus’, sino en todo caso para deducir de las mismas un fundamento subjetivo, y a partir del cual, justificar la necesidad de la intencionalidad de esta circunstancia». MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 69: «En nuestra opinión, los términos en que parecen concretarse la exigencia de ese *animus* más que dirigidos a reclamarlo para poder apreciar la agravante, se orientan fundamentalmente a explicar el fundamento de su punición agravada». QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, I Infracciones contra la persona en su realidad física*, ob. cit., pág. 265: «En cuanto a que la figura implique mayor maldad personal y que, por ende, haya que situarla en el ámbito de la mayor culpabilidad, es una consideración puramente hipotética, buena a lo más para explicar su fundamentación, pero sin base legal para ello». MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 480: «[...] frecuentemente se le ha atribuido [a la alevosía] un fundamento basado en el carácter traicionero del autor. Con ello, no sólo se confunde la naturaleza con el posible fundamento de la circunstancia sino que se acepta indirectamente la agravación de la pena en atención a la forma de ser del sujeto, lo que resulta propio de la rechazable *culpabilidad por el carácter* y, por tanto, contrario a las exigencias de la culpabilidad por el hecho».

⁴³⁶ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 201: «No es preciso, en cambio, un ánimo ruin, traicionero, perverso o cobarde por parte del sujeto activo, como en ocasiones afirma la jurisprudencia, pues falta para ello una base legal suficiente y, por otra parte, a esa exigencia no se vinculan en general efectos prácticos, ni, más concretamente, limitación alguna del alcance de esta circunstancia: la supuesta presencia de tales ánimos reprochables se considera más bien la conclusión que necesariamente se ha de extraer del hecho de que el sujeto haya pretendido asegurarse la ejecución sin riesgo». MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte especial*, ob. cit., pág. 48: «[...] algún sector doctrinal y jurisprudencial, influido por la dogmática alemana, cuyo Código penal, por cierto, carece de una definición de la alevosía, entendi[e] que es necesario un ánimo especial alevoso. La definición que da el art. 22,1ª de la alevosía no requiere, desde luego, ninguna motivación especial, basta con que el sujeto busque la situación favorable, la conozca y aproveche o quiera aprovecharla». DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «La alevosía en el Código Penal de 1995», ob. cit., págs.

para la doctrina un ánimo especial del autor no tienen ningún significado para interpretar la circunstancia, porque o bien no se exige que el autor sea cobarde, perverso, vil, etc., o bien cuando se exige, esta cobardía, perversidad, vileza, etc. se manifiesta automáticamente en el autor en cuanto elimina conscientemente la defensa para asegurar el delito.

Sin embargo, a pesar de las afirmaciones de la doctrina, cabe cuestionarse si en realidad la exigencia de un ánimo especial carece de toda significación. La casuística de la alevosía demuestra en no pocas ocasiones la falsedad de hacer derivar la actitud cobarde, perversa, vil o traidora a partir del hecho de que el comportamiento del autor

293 y s.: «[...] no creo que sea necesario exigir para su aplicación la presencia de un específico ánimo o tendencia por parte del sujeto activo. Como con razón ha señalado Muñoz Conde, la definición del art. 22.1º no exige ninguna motivación especial en el ánimo del sujeto activo sino que basta con que éste ‘busque la situación favorable, la conozca y la aproveche o quiera aprovecharla’. En una palabra, es suficiente con que el dolo de [sic] sujeto activo conozca, en el momento de actuar, la situación de indefensión de su víctima que ha sido creada por él y la quiera, sin que sea preciso que su conducta esté orientada por una específica finalidad. En este sentido, será alevosa la muerte de quien, por motivos pietistas, cause la muerte de otro (que no desea morir), buscando para ello su indefensión o provocándole el sueño con un somnífero». SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 905: «También se plantea, atendiendo a los antecedentes históricos de la agravante si la alevosía requiere como componente de su aspecto subjetivo un *animus* especial, que suele relacionarse con la perversidad, la cobardía y/o la traición. La doctrina considera que dicho elemento subjetivo específico no se exige en la redacción actual de la agravante, salvo que se entienda, como hacen algunos autores y, en ocasiones, la jurisprudencia, que concurre necesariamente como consecuencia del ánimo de asegurar la ejecución y evitar el riesgo de la defensa». GÓMEZ RIVERO, Carmen, «Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código Penal», ob. cit., pág. 39: «A mi modo de ver, tiene razón la doctrina que sostiene que la caracterización de la vertiente subjetiva de la alevosía debe limitarse a comprobar que el autor obra con dolo, sin que [sic] requerir un elemento subjetivo o tendencia anímica adicional». DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 815 y s.: «Por último, ha de plantearse la cuestión de si debe condicionarse o no la estimación de esta agravante a la concurrencia de un ulterior elemento subjetivo adicional al dolo que describa lo que en la jurisprudencia viene denominándose ánimo aleve, entendido como ánimo revelador de perversidad o cobardía o traición. No considero que exista base legal para una exigencia de esta índole si se pretende diferenciar el mismo del dolo genérico; otra cosa es que en él se observen estas características que, no obstante, nada aportan a la integración de la figura». ÁLVAREZ GARCÍA, Javier, «Artículo 10.1», ob. cit., pág. 73: «De esa resolución [se refiere a la STS de 7 de febrero de 1985] parece deducirse que en el momento en que el dolo del sujeto se refleja sobre la modalidad ejecutiva que tiende a asegurar la ejecución sin riesgo, surge automáticamente la ‘especial malicia’. Si esta deducción fuera cierta, y creo que lo es, la conclusión sólo puede ser una: esa ‘especial malicia’ no integraría un requisito del tipo subjetivo, sino un juicio de valor que no añadiría nada a la estructura típica». Como ejemplos de deducción de un ánimo especial a partir de los elementos de la definición legal valen la STS 4545/1994 de 13 de Junio: «Precisamente porque la indefensión ha de derivar de la propia conducta del sujeto activo es por lo que se califica a quien así actúa como traidor o ruin (y aquí se multiplican los adjetivos para poner de manifiesto el rechazo social que estos comportamientos llevan consigo —felón, falso, taimado, pérfido, etc.—), calificativos que no encajan cuando hay indefensión pero ésta procede de circunstancias ajenas al propio obrar del agresor» y la STS 955/1984 de 10 de mayo: «Esta forma de realizar el hecho lleva consigo tal rapidez y sorpresa para la víctima que puede calificarse de súbita e inesperada, con lo que se emplean medios y formas en la ejecución tendentes a realizar el resultado delictivo, estando la víctima indefensa, lo que origina el requisito denominado objetivo de la alevosía y arroja cierta crueldad y perversidad que también originan el elemento subjetivo de esta circunstancia agravante».

satisficiera los elementos objetivos y subjetivos de la definición legal⁴³⁷. Por ejemplo, no hay cobardía en quien ataca a un víctima desprevenida pero rodeada de guardaespaldas dispuestos a protegerla. No revela perversidad el que, movido por la situación desesperada de verse desahuciado de la casa familiar, antes de quitarse él mismo la vida mata alevosamente, para evitarles sufrimientos innecesarios, a los miembros de su familia, a los que quiere, pensando en su ofuscación obrar lo mejor para ellos. No manifiesta vileza quien decide, con grave cargo de conciencia, poner fin a la vida de un enfermo terminal familiar suyo, a quien ve sufrir día tras día, administrándole una sobredosis de un potente somnífero. Y tampoco traiciona ninguna confianza debida la esposa que, frente a un largo historial de maltratos conyugales, no le queda otra alternativa, debido a su debilidad física constitutiva, que oponerse al tirano familiar mediante el empleo de un medio alevoso.

En todos estos casos parece que la exigencia de un ánimo especial gana pleno significado, de ahí que sea lícito preguntarse: ¿habrá que considerar autor de asesinato alevoso a quien, pese a que su comportamiento resulta típicamente subsumible en la circunstancia del artículo 22.1, no mostró la actitud especialmente reprochable del cobarde, perverso, vil o traidor? Esta pregunta, si acudimos a la ayuda del Derecho comparado, ha sido contestada con una negativa por la posición doctrinal dominante en Alemania⁴³⁸. Ésta considera que ciertas circunstancias cualificantes del asesinato —entre

⁴³⁷ Ya en los años cincuenta PUIG PEÑA, Federico, «Alevosía», ob. cit., pág. 559, nota 5, reconocía que «[...] cabe perfectísimamente una agresión típicamente alevosa determinada por consideraciones altruistas [sic]», aunque su ejemplo sea tan desafortunado como el siguiente: «El esposo ofendido en su honor que espera escondido a su ofensor y dispara contra él a mansalva, ejecuta un acto alevoso con entera independencia de la justificación moral o social del crimen».

⁴³⁸ Una respuesta similar puede encontrarse también en la doctrina italiana. Así con relación a la circunstancia agravante común de la defensa disminuida del artículo 61.5 del Código penal italiano, cuyo texto fue ya citado más arriba y puede considerarse análoga a nuestras circunstancias de los arts. 22.1 (alevosía) y 22.2 (alevosía de segundo grado), BISACCI, María Chiara, «L'elemento soggettivo nella aggravante della minorata difesa», ob. cit., pág. 502 y s., afirma: «Esto es propiamente el núcleo fundamental de la circunstancia examinada en la cual la doctrina reconoce la *ratio* de la agravación de la pena. En efecto si es verdad que, subsistiendo las situaciones indicada en el art. 61 n. 5 c.p., desde un punto de vista objetivo la comisión del delito resulta facilitada, sin embargo la agravación de la pena encuentra su fundamento en la mayor intensidad del dolo que el sujeto manifiesta con su conducta. Por tanto aquel que se aprovecha de la situación de defensa disminuida es un hombre cuyo instinto criminal vence incluso la inhibición que debería derivarse de la consideración de la edad avanzada o de la enfermedad de su víctima; al contrario la constatación de estas circunstancias o de eventos tales como por ejemplo calamidades naturales que en la generalidad de las personas suscitan otras reacciones bien distintas, lo induce a sacar ventaja [*È proprio questo il nucleo fondamentale della circostanza in esame nel quale la dottrina ravvisa la ratio dell'aggravamento della pena. Infatti se è vero che, sussistendo le situazioni indicate all'art. 61 n. 5 c.p., da un punto di vista oggettivo la commissione del reato risulta agevolata, tuttavia l'aggravamento della pena trova il suo fondamento nella maggior intensità del dolo che il soggetto manifesta con la sua condotta. Pertanto colui che profitta della situazione di minorata*]

ellas la alevosía— previstas típicamente (§ 211 del Código penal alemán) resultan aplicables a supuestos de homicidio respecto de los cuales es cuestionable, debido a la falta de una especial reprochabilidad del autor, que merezcan la pena del asesinato⁴³⁹. En concreto, en relación con la circunstancia de alevosía, JESCHECK, conforme a esta misma lógica, ha sostenido que «[a]levosía significa según la jurisprudencia el aprovechamiento para el hecho de la falta de prevención y la indefensión de la víctima. Hay no obstante, sin duda, casos de tal aprovechamiento que no merecen la calificación del hecho como asesinato. Uno puede acaso pensar en el suicidio que involucra a familiares, en hechos compasivos respecto a enfermos incurables o con grandes sufrimientos, en muertes afectivas en el ámbito doméstico, en la muerte de niños pequeños, para quienes entra en consideración la pregunta de si el veneno añadido al

difesa è un uomo il cui istinto criminoso vince perfino l'inibizione che dovrebbe conseguire dalla considerazione dell'avanzata età o della infermità della sua vittima; anzi la constatazione di queste circostanze o di eventi quali a esempio calamità naturali che nella generalità delle persone suscitano ben altre reazioni, lo induce a trarne un vantaggio]», opinión confirmada más adelante en la pág. 504: «[...] en efecto no podrá ser cargada al sujeto activo objetivamente, por tanto simplemente en presencia de las situaciones de defensa disminuida, sino que el juez deberá verificar que el autor había actuado sostenido por aquella particular actitud interior que implica el término 'aprovechar' [...] *infatti non potrà essere posta a carico del soggetto agente obiettivamente, quindi semplicemente in presenza delle situazioni di minorata difesa, ma il giudice dovrà verificare che l'autore abbia agito sorretto da quel particolare atteggiamento interiore che il termine 'profittare' implica]*».

⁴³⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich, «Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig?», ob. cit., pág. 129: «Mis objeciones se dirigen no contra éstas, sino contra las restantes circunstancias y su idoneidad para caracterizar de manera concluyente al tipo de asesinato frente al homicidio. Éstas son el homicidio alevoso, el homicidio con medios peligrosos para la comunidad y el homicidio con la intención de ocultar otro hecho penal. Aquí existen de hecho dudas de si estas circunstancias bastan para la delimitación del asesinato frente al homicidio, el cual en principio sólo se amenaza con una pena de privación de libertad temporal y solamente en casos especialmente graves con pena de cadena perpetua, y de si estas circunstancias son suficientes para justificar la amenaza absoluta de la pena más alta [*Meine Bedenken richten sich nicht gegen diese, sondern gegen die verbleibenden Mordmerkmale und deren Eignung, den Mordtatbestand gegenüber dem Totschlag abschließend zu kennzeichnen. Es sind dies die heimtückische Tötung, die Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln und die Tötung in der Absicht, eine andere Straftat zu verdecken. Hier bestehen in der Tat Zweifel, ob diese Merkmale zur Abgrenzung des Mordes gegenüber dem Totschlag ausreichen, der prinzipiell nur mit zeitiger Freiheitsstrafe bedroht ist und allein in besonders schweren Fällen mit der lebenslangen Strafe, und ob diese Merkmale zur Rechtfertigung der absolut angedrohten höchsten Strafe genügen]*». BOCKELMANN, Paul, «Literaturbericht – Maurach, Reinhart: Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil II», en *Zeitschrift für die Gesamten Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Tomo 74, 1962, pág. 304: «Existe por ello una viva necesidad de una interpretación restrictiva, porque en todo caso algunas de las circunstancias nombradas por la ley son aplicables también a ciertos homicidios dolosos, de los cuales es dudoso si merecen realmente la pena más dura, la de asesinato; así el homicidio cometido bien es cierto con aprovechamiento de la falta de prevención e indefensión de la víctima, por tanto alevoso, pero a causa de motivos dignos de consideración o el homicidio con ensañamiento a causa de un afecto del que no se es culpable [*Für eine restriktive Auslegung besteht deshalb ein lebhaftes Bedürfnis, weil jedenfalls einige der vom Gesetz genannten Mordmerkmale auch auf solche vorsätzliche Tötungen zutreffen, von denen zweifelhaft ist, ob sie wirklich die schwerste, die Mordstrafe, verdienen: so die zwar unter Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers, also 'heimtückisch', aber aus achtenswerten Beweggründen begangene Tötung oder die 'grausame' Tötung auf Grund unverschuldeten Affektes]*».

alimento le ha sabido mal al niño o el niño no ha notado el añadido o respectivamente si la falta de prevención de una persona vigilante que cuida al niño pequeño ha sido aprovechada»⁴⁴⁰.

Pero igualmente otros autores, como es el caso o, mantienen este mismo planteamiento en lo que se refiere a la alevosía. Así BOCKELMANN considera que «[n]o depende sólo de que el autor haya aprovechado la falta de prevención e indefensión de la víctima, sino que depende de lo que le ha llevado a proceder así; la cobardía o la maldad o la compasión con la víctima o la imposibilidad de llegar al adversario superior de otra manera que no sea un ataque repentino, desde una emboscada o a través de la secreta administración de veneno»⁴⁴¹. E igualmente SPENDEL sostiene que«[...] al comportamiento exterior peligroso para el asesinato tiene que corresponder una actitud interna alevosa. El ánimo taimado, insidioso y solapado, por tanto: alevoso tiene entonces que ser en el caso individual la causa determinante y motivadora para el homicidio con ocultación. Sólo quien —bajo las circunstancias objetivas indicadas— debido a tal forma de pensar e intención mata a un hombre es un ‘asesino alevoso’»⁴⁴².

En realidad, el problema de fondo para doctrina alemana, como ponen de manifiesto en las siguientes citas de JESCHECK y KÖHLER, se encuentra en que el *asesinato* frente a *homicidio* supone siempre una actitud especialmente reproachable⁴⁴³

⁴⁴⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich, «Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig?», ob. cit., pág. 129: «*Heimtücke bedeutet nach der Rechtsprechung die Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers zur Tat. Es gibt jedoch unzweifelhaft Fälle solcher Ausnutzung, die nicht die Kennzeichnung der Tat als Mord verdienen. Man hat etwa zu denken an den Selbstmord unter Einbeziehung von Familienangehörigen, an Mitleidstaten gegenüber unheilbar Kranken oder schwer Leidenden, an Affekttötungen im Intimbereich, an die Tötung von Kleinkindern, bei denen abgestellt wird auf die Frage, ob das der Nahrung beigemischte Gift dem Kind schlecht geschmeckt oder ob das Kind den Zusatz nicht bemerkt hat bzw. ob die Arglosigkeit einer das Kleinkind betreuenden Aufsichtsperson ausgenutzt worden ist*».

⁴⁴¹ BOCKELMANN, Paul, «Literaturbericht – Maurach, Reinhart: Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil II», ob. cit., pág. 310: «*Es kann nicht allein darauf ankommen, daß der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers ausgenutzt hat, sondern es kommt darauf an, was ihn dazu gebracht hat, so zu verfahren: Feigheit oder Bosheit oder Mitleid mit dem Opfer oder die Unmöglichkeit, den überlegenen Gegner anders als durch plötzlichen Überfall aus dem Hinterhalt oder durch heimliches Eingeben von Gift zu erreichen*».

⁴⁴² SPENDEL, Günter, «„Heimtücke“ und gesetzliche Strafe bei Mord. Zum Urteil des BGH v. 26.8.1982. 4AtR 357/82», ob. cit., pág. 273, «*dem für den Getöteten gefährlichen äußeren Verhalten muß eine heimtückische innere Haltung des Tötenden entsprechen. Die arglistige, hinterhältige und verschlagene, eben: heimtückische Sinnesart hat also im Einzelfall der bestimmende und bewegende Grund für die heimliche Tötung zu sein. Nur wer – unter den angegebenen objektiven Umständen – aus solch einer Denkweise und Willensrichtung heraus einen Menschen tötet, ist ein ‘Meuchelmörder’*».

⁴⁴³ Así lo confirmó la famosa sentencia del Tribunal Constitucional alemán BVerfGE 45, 187 que se ocupaba de la constitucionalidad de la cadena perpetua, pág. 269, donde se reconoció con relación a la circunstancia del asesinato de alevosía que la imposición de la pena de cadena perpetua se corresponde con la Constitución únicamente entonces cuando la circunstancia de alevosía «afecta solamente a casos

que, a diferencia de lo que piensa nuestra doctrina, no se deja siempre atrapar plenamente cuando a las circunstancias del asesinato, como ocurre en la alevosía, se las describe sólo a partir de una modalidad ejecutiva. Así JESCHECK piensa que «[l]a jurisprudencia muestra una y otra vez que aquellas circunstancias, que ya no se definen inequívocamente a través de la reprochabilidad de la motivación, pueden conducir a la rigurosidad, porque en este ámbito hay con frecuencia casos en los que el modo y forma de la ejecución del hecho no son expresión de aquella actitud especialmente reprochable, que solamente exige la pena más dura del Derecho vigente [...]»⁴⁴⁴. Y en el mismo sentido KÖHLER entiende que «[l]as dificultades de las circunstancias de asesinato descansan en su relación inmediata con el concepto de culpabilidad. Esa conexión problemática se destaca ante todo en aquellas circunstancias positivizadas en la ley que —como a saber las circunstancias de ‘alevosía’ y ‘con intención de encubrimiento’— antes que nada son entendidas de manera meramente instrumental [...] El legislador ha intentado en todo caso recoger la más alta reprochabilidad de los delitos de homicidio —en lugar de a través de la circunstancia de premeditación— en determinados motivos, intenciones y modalidades del hecho individuales. Pero ahora a esto se anuda la duda de si una comprensión meramente instrumental acaso de la circunstancia de ‘alevosía’, pero igualmente también de la de ‘intención de encubrimiento’ podría ser suficiente»⁴⁴⁵.

Frente al problema de que ciertas circunstancias no sean capaces de expresar la especial reprochabilidad del autor de un asesinato, la doctrina alemana han ensayado diversas soluciones. Una ha consistido en una reinterpretación desde la perspectiva de la

especialmente reprochables de homicidio [*nur besonders verwerfliche Fälle der Tötung trifft*])»

⁴⁴⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich, «Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig?», ob. cit., pág. 131: «Die Rechtsprechung zeige immer wieder, daß diejenigen Mordmerkmale, die nicht schon durch die Verwerflichkeit der Motivation eindeutig gekennzeichnet sind, zu Härten führen können, da es in diesem Bereich häufig Fälle gibt, in denen die Art und Weise der Ausführung der Tat nicht Ausdruck jener besonders verwerflichen Gesinnung ist, die allein die schwerste Strafe des geltenden Rechts erfordert [...]».

⁴⁴⁵ KÖHLER, Michael, «Zur Abgrenzung des Mordes. Erörtert am Mordmerkmal „Verdeckungsabsicht“», en *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 1980, págs. 121 y ss.: «Die Schwierigkeiten der Mordmerkmale liegen in ihrer unmittelbaren Beziehung zum Schuldbegriff. Dieser Problemzusammenhang tritt vor allem an solchen positivgesetzlichen Mordmerkmalen hervor, die – wie namentlich die Merkmale ‚heimtückisch‘, ‚Verdeckungsabsicht‘ – zunächst bloß instrumentell verstanden werden [pág. 121 y más adelante:] Der Gesetzgeber hat jedenfalls versucht, die höchste Verwerflichkeit des Tötungsdelikts – anstatt durch das Merkmal der Überlegung – in bestimmten einzelnen Motiven, Absichten, Tatmodalitäten einzuholen. Nun aber knüpfte sich daran der Zweifel, ob ein bloß instrumentelles Verständnis etwa der Merkmale ‚heimtückisch‘, aber eben auch ‚Verdeckungsabsicht‘ genügen könne [...] [pág. 123]»

actitud reprochable de las circunstancias definidas únicamente desde el punto de vista la modalidad comisiva. En este sentido SCHMIDHÄUSER considera que «‘alevoso’ en el asesinato es una circunstancia referida a la actitud que no queda definida por el momento aislado de lo ocurrido exterior o interiormente, sino por un comportamiento de tipo espiritual-moral del autor ya en sí mismo reprochable»⁴⁴⁶. De manera análoga SPENDEL entiende que la solución correcta sería una interpretación más precisa de las circunstancias de asesinato⁴⁴⁷, con arreglo a la cual «alevoso significa según esto *de un lado* que el homicida exteriormente crea o aprovecha una situación peligrosa para el atacado, en la cual la víctima está desprevenida e indefensa, y *de otro lado* que él interiormente no sólo es *consciente* de esa situación objetiva, sino también que está *animado alevosamente* respecto al otro, es decir, *por* la doblez y la insidia, dicho cortamente: la *malicia* resulta *determinante* para el hecho»⁴⁴⁸. Sin embargo, la posición doctrinal mayoritaria en Alemania ha optado por una corrección no de las *circunstancias* del asesinato sino del *tipo* de asesinato, en el sentido de que el indicio sintomático de la especial reprochabilidad del asesinato que representa la concurrencia de una circunstancia puede ser corregido, quedando así refutada la actitud especialmente reprochable, cuando en el caso concreto se presenten circunstancias especiales⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, ob. cit., pág. 235 y s.: «*„Heimtückisch“ beim Mord ist damit ein Gesinnungsmerkmal, das nicht ein einzelnes Geschehensmoment äußerer oder innerer Art bezeichnet, sondern ein in sich selbst schon verwerfliches, sittlich-geistiges Verhalten des Täters*».

⁴⁴⁷ SPENDEL, Günter, «*„Heimtücke“ und gesetzliche Strafe bei Mord ...*», págs. 270 y s.: «La jurisprudencia estaba y está por tanto en esta medida en el camino correcto cuando ve [...] la solución en cada caso en una precisión más aproximada de las circunstancias individuales de asesinato. [...] queda la tarea de intentar una interpretación satisfactoria de la circunstancia del asesinato “alevoso”. [*Die Rechtsprechung war und ist also insofern auf dem rechten Weg, als sie [...] die Lösung jeweils in einer näheren Präzisierung der einzelnen Mordmerkmale sieht. [...] bleibt die Aufgabe, eine befriedigende Auslegung des Mordmerkmals „heimtückisch“ [sic] zu versuchen*]».

⁴⁴⁸ SPENDEL, Günter, «*„Heimtücke“ und gesetzliche Strafe bei Mord ...*», pág. 273: «*„Heimtückisch“ bedeutet demnach einerseits, daß der Tötende äußerlich für den Angegriffenen eine gefährliche Situation, in der das Opfer arg- und wehrlos ist, schafft oder ausnutzt, und andererseits, daß er sich innerlich nicht nur dieser Sachlage bewußt, sondern auch dem anderen heimtückisch gesinnt ist, d. h. aus Verschlagenheit und Hinterhältigkeit, kurz: Tücke zu der Tat bestimmt wird*».

⁴⁴⁹ BOCKELMANN, Paul, «Literaturbericht – Maurach, Reinhart: *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil II*», ob. cit., págs. 304 y s.: «Una interpretación extendida en la literatura acepta que el § 211 por eso no sería aplicable en tales casos, porque las circunstancias tendrían sólo un significado sintomático. Ellas indicarían una especial peligrosidad del autor o una especialmente reprochable actitud. Si estos indicios en el caso concreto son refutados por un contraindicio, por tanto quizá por un motivo digno de consideración o un afecto del que no se es culpable, entonces incluso el homicidio alevoso o con ensañamiento no debería incluirse en los tipos más graves de homicidio, y por eso no debería pensarse de acuerdo al 211 [*Eine im Schrifttum verbreitete Auffassung nimmt an, daß § 211 in solchen Fällen deshalb nicht anwendbar sei, weil die Mordmerkmale nur symptomatische Bedeutung hätten. Sie zeigten eine besondere Gefährlichkeit des Täters oder eine besonders verwerfliche Gesinnung an. Wenn diese Anzeichen im konkreten Fall durch ein Kontraindiz, also etwa durch das achtenswerte Motiv oder den*]

En cualquier caso se tome una u otra solución ambas conducen, según interpreta buena parte de la doctrina alemana, a una limitación del asesinato alevoso, pues la apreciación de éste pasa a depender ahora *no sólo* del hecho meramente descriptivo, valorativamente neutro de la modalidad ejecutiva empleada y de su conocimiento, sino que *exige adicionalmente* el componente subjetivo de un especial ánimo reprochable en el autor⁴⁵⁰, ánimo que nuestros penalistas antiguos quisieron identificar con los términos morales de “cobardía”, “vileza”, “perversidad”, etc⁴⁵¹. Pero, ¿qué ocurre actualmente

*unverschuldeten Affekt, widerlegt werden, so sei selbst die ‚heimtückische‘ oder ‚grausame‘ Tötung nicht zu den schwersten Arten von Tötung zu rechnen, und deshalb nicht nach § 211 zu bestrafen]». SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, ob. cit. págs. 235 y s.: «La [literatura penal] acepta en su mayor parte que asesino sería sólo quien realiza una circunstancia del artículo 211 apartado II y obra al mismo tiempo reprochablemente [*das [Schrifttum] überwiegend annehme, Mörder sei nur, wer ein Merkmal des § 211 Abs. II verwirkliche und zugleich besonders verwerflich handle*]». SPENDEL, Günter, «„Heimtücke“ und gesetzliche Strafe bei Mord ...», ob. cit., pág. 270: «En la doctrina jurídica se ha intentado alcanzar una circunscripción más exacta del § 211 del CP [alemán] en parte a través de que se ha exigido un punto de vista *general* que vaya más allá de una valoración del hecho y que ponga también su mirada en el ‘asesino’, [por tanto] un punto de vista referido al autor que considera no concluyentes los tipos legales de asesinato, sino que los ve más como síntomas o indicios de especial *reprochabilidad o peligrosidad* del autor; según esto la penalidad del § 211 CP [alemán] podría llegar a ser *negada* a pesar de la existencia de una circunstancia de asesinato como la alevosía o la intención de ocultación (Corrección de los tipos de hecho y asesinato) [*In der Rechtslehre hat man eine genauere Umschreibung des § 211 StGB teils dadurch zu erreichen versucht, daß man generell eine über die Tatbeurteilung hinausgehende, auch den ‚Mörder‘ ins Auge fassende täterschaftliche Betrachtungsweise gefordert hat, die die gesetzlichen Mordtypen nicht für abschließend hält, sondern mehr als Symptome oder Indizien besonderer Verwerflichkeit oder Gefährlichkeit des Täters sieht; danach könnte eine Strafbarkeit gemäß § 211 StGB trotz Vorliegens eines Mordmerkmals wie Heimtücke oder Verdeckungsabsicht [sic] verneint werden (Korrektur der Tat- bzw. Mordtypen)]». SCHMOLLER, Kurt, «Überlegungen zur Neubestimmung des Mordmerkmals “heimtückisch”», ob. cit., pág. 390: «Así en la doctrina a las circunstancias nombradas en el § 211 CP [alemán] no se las concede frecuentemente un significado concluyente, sino únicamente indiciario para la valoración del hecho como asesinato; decisivo sería en último lugar, si en una consideración general del supuesto de hecho la muerte aparece ‘especialmente reprochable’ [*So wird im Schrifttum den in § 211 StGB genannten Merkmalen häufig keine zwingenden, sondern lediglich eine indizielle Bedeutung für die Beurteilung der Tat als Mord beigemessen; entscheidend sei letztlich, ob die Tötung bei einer Gesamtwürdigung des Sachverhalts als ‚besonders verwerflich‘ erscheint*]]».**

⁴⁵⁰ RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (I)», ob. cit., pág. 970, ha explicado, sin compartirla, de modo inmejorable esta postura: «La limitación decisiva de una solución general tal de la reprochabilidad reside además, como se tiene que aclarar, en que el hecho tiene que ser expresión de un *ánimo* especialmente reprochable. Porque la ‘neutralidad valorativa’, criticada con relación al § 211, de la delimitación descriptiva del concepto de alevosía se deja solamente enmendar a través de una componente subjetiva añadida [*Die Entscheidende Einschränkung einer derartigen generellen Verwerflichkeitslösung liegt dabei, wie man sich verdeutlichen muß, darin, daß die Tat Ausdruck einer besonders verwerflichen Gesinnung sein muß. Denn die im Hinblick auf § 211 kritisierte ‚Wertneutralität‘ der deskriptiven Umschreibung des Heimtückebegriffs läßt sich nur durch eine zusätzliche subjektive Komponente beseitigen*]]».

⁴⁵¹ Sin embargo también autores más actuales han reconocido en cierta medida la utilidad de los elementos personales del autor para limitar la punibilidad. Así SERRANO MAÍLLO, Alfonso, «Elementos de autor en el asesinato», en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 14, 1999, pág. 413: «[...] ni siquiera en la regulación de unos delitos tan trascendentales como los que afectan a la vida humana, y a los cuales precisamente se ha prestado una atención sobresaliente, ha sido nuestro legislador capaz de superar la toma en consideración —inconsciente— de elementos relativos al autor, en cuanto que reflejan en alguna medida aspectos de su personalidad [...] tales elementos personales referidos al autor —a pesar

con nuestro Derecho penal? ¿nuestro Código penal exige o, al menos, permite tomar en cuenta la existencia de un ánimo especial para la condena por asesinato alevoso?

Pues bien, pienso que es posible esgrimir buenas razones que apoyan el rechazo a que haya de tomarse en consideración un ánimo especial⁴⁵². La primera y principal de todas está relacionada con la infracción del principio de legalidad. Porque este principio consiste, precisamente, en la exclusividad de la ley para determinar qué es delito —en nuestro caso de asesinato o cualquier otro contra las personas— excluyendo cualquier otra fuente externa, especialmente la moral⁴⁵³. Y el Código en su artículo 139 ha

de su discrepancia con el Derecho penal (puro) de la culpabilidad y del hecho— sobreviven en realidad a lo largo y ancho de la legislación —donde pasan más inadvertidos que en el ejemplo del asesinato propuesto—, y campan cómodamente en la práctica de la Administración de Justicia a todos los niveles —desde el arresto al Juez y a la prisión. Un Derecho penal científico y comprometido no puede pasar por alto la presencia efectiva de tales elementos, sino que debe tomarlos en serio —en el sentido que convenga, como puede ser restrictivo de la punibilidad».

⁴⁵² Además de las que se mencionarán a continuación se han alegado razones de complejidad: MORALES PRATS, Fermín, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, ob. cit., pág. 39: «La solución a modo de correctivo, propuesta por TORÍO [y como hemos visto arriba por la doctrina alemana] para estos casos, centrada en la inclusión de *cláusulas de «corrección negativa» del tipo* (por ejemplo, en el asesinato) conducente a la apreciación del tipo base (por ejemplo, el homicidio simple) en aquellas hipótesis en que la característica abstracta definitoria (por ejemplo, la premeditación en el asesinato conforme al anterior Código Penal) venga a ser impugnada en el caso concreto por la personalidad u otros elementos personales del autor (por ejemplo con apelación a los motivos) —como factor de compensación de la agravación objetiva y genérica de la reprochabilidad operada en el tipo penal—, con ser una propuesta lúcida y legítima político-criminalmente, parece introducir un nivel de complejidad excesivo en la dinámica hermenéutica aplicativa del tipo».

⁴⁵³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., pág. 374: «El principio de mera legalidad, que actúa con arreglo a la fórmula *nulla poena, nullum crimen sine lege* como norma de reconocimiento de todas las prescripciones penales legalmente vigentes o positivamente existentes y sólo de ellas, tiene en efecto para el jurista el valor de una regla meta-científica, a la que llamaré *primer postulado del positivismo jurídico*: se trata, más exactamente, de una regla semántica que identifica el derecho vigente como objeto exhaustivo y exclusivo de la ciencia penal, estableciendo que sólo las leyes (y no también la moral u otras fuentes externas) dicen lo que es delito y que las leyes sólo dicen qué es delito (y no también qué es pecado) [subrayado mío]». KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, ob. cit., pág. 42: «Una solución tal [la que corrige el tipo conforme a una especial reprochabilidad] es sin embargo apenas compatible con el principio de determinación del tipo, pues pone en el lugar de una decisión ligada a reglas un acto de valoración moral del juez [*Eine solche Lösung ist jedoch kaum mit dem Prinzip der Tatbestandsbestimmtheit zu vereinbaren, da sie an die Stelle regelgebundenen Entscheidens einen moralischen Wertungsakt des Richters setzt*]». GRÜNEWALD, Anette, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, ob. cit., pág. 47: «[...] la solución de la reprochabilidad implica una confusión de los ámbitos de legalidad y moralidad, lo cual se muestra como objetable sin excepción para un entendimiento moderno del Derecho fundado liberalmente, el cual concede y reconoce a la persona un ‘forum internum’ [...] impliziert die Verwerflichkeitslösung eine Vermengung der Bereiche von Legalität und Moralität, was sich für ein modernes, freiheitlich begründetes Rechtsverständnis, welches der Person ein ‚forum internum‘ zuerkennt und belässt, als durchweg bedenklich erwies]». MORALES PRATS, Fermín, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, ob. cit., pág. 37: «Si el Código Penal debe constituir la ‘Constitución negativa’ de los ciudadanos, las previsiones legales abstractas que contiene este Texto Legal básico deben reflejar en la medida de los posible opciones inculpativas o criterios de inculpativa en las distintas figuras delictivas que respondan a valoraciones ‘emancipadas’ de prejuicios éticos o morales».

desechado la exigencia de un *especial ánimo* del autor, quitando la palabra a las consideraciones (morales) vinculadas a su actitud, cuando ha decidido regular el asesinato conforme a tres *circunstancias del hecho* del autor: a) alevosía, b) precio, recompensa o promesa, y c) ensañamiento. Frente a la doctrina alemana, que no se refiere propiamente a circunstancias [*Umstände*] sino a características, elementos o notas [*Merkmale*]⁴⁵⁴ a la hora de definir el asesinato frente al homicidio y que mayoritariamente identifica el asesinato con la actitud especialmente reproachable del autor, es revelador que el Código y la doctrina española entiendan que lo que convierte al homicida en asesino son circunstancias, es decir, algo que no apunta directamente al propio autor cuanto a aquello que le está alrededor cuando comete el hecho —y esto aun sin negar que dichas circunstancias aparezcan indirectamente mayor reprochabilidad del autor—. Pero no sólo se trata de que el Código regule el asesinato recurriendo a *circunstancias del hecho* en lugar de a *disposiciones de ánimo* del autor, sino de que además en el caso concreto de la alevosía el legislador en el propio texto legal del artículo 22.1 vuelve a renunciar a definir esta circunstancia conforme al ánimo del autor cuando escoge hacerlo con arreglo a la modalidad ejecutiva. Mientras que el Código penal alemán no define la alevosía en parte alguna —lo que ha permitido a la doctrina alemana una interpretación de la circunstancia desde la perspectiva del ánimo del autor—, en nuestro Código en cambio existe una definición legal que en ningún lugar prescribe que el autor, además de eliminar la defensa para asegurar el delito, tenga que mostrar una determinada actitud (moral). Cuando se exige este requisito adicional de un ánimo especial no descrito típicamente, se está infringiendo el principio de legalidad⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ Pese a ello he decidido traducir en la mayoría de las ocasiones el término alemán “*Merkmal*” por el español “circunstancia”, porque en nuestro propio uso habitual de términos y expresiones penales resulta extremadamente extraño hablar de “características del asesinato” en lugar de “circunstancias del asesinato”.

⁴⁵⁵ MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 69: «El texto legal, evidentemente, no lo [el ánimo especial] requiere [...]». SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 905: «La doctrina considera que dicho elemento subjetivo específico no se exige en la redacción actual de la agravante». MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte especial*, ob. cit., pág. 48: «La definición que da el art. 22,1ª de la alevosía no requiere, desde luego, ninguna motivación especial, basta con que el sujeto busque la situación favorable, la conozca y la aproveche o quiera aprovecharla». ÁLVAREZ GARCÍA, Javier, «Artículo 10.1», ob. cit., pág. 73: «Rechazo, pues, la exigencia de una especial malicia o/y tendencia en el sujeto activo en razón a que [...] de la definición legal de la circunstancia, no es posible deducir la exigencia de esa particular ‘tendencia’ o ‘ánimo’». En Alemania ARTZ, Gunther, «Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig?», en Hans-Heinrich JESCHECK/Otto TRIFFTERER (eds.), *Dokumentation über die mündliche Vorhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht am 22. und 23. März 1977*, Edit.: Nomos, Baden-Baden, 1977, pág. 142, habla de la «teoría de la circunstancia no escrita de la especial reprochabilidad [*die Lehre vom ungeschriebenen Mordmerkmal der besonderen Verwerflichkeit*]» [subrayado mío]. El Tribunal Federal alemán también

Pero además se infringe el principio de legalidad en su sentido de exigencia de determinación. Es decir, no sólo porque criterios tales como “cobardía”, “vileza”, “perversidad” o aquel más neutro de la “actitud especialmente reprochable” no encuentren una tipificación legal en el artículo 22.1, sino porque, junto a esto, tales términos y expresiones carecen de contornos precisos que hagan posible diferenciar de manera cierta y precisa el asesinato alevoso del homicidio⁴⁵⁶. MAURAUCH advertía, en este sentido, que dejar en manos del juez la aplicación del delito de asesinato con un criterio tan general como la “reprochabilidad” —pero lo mismo podría afirmarse de nociones tan imprecisas jurídicamente como “cobardía”, “perversidad” o “vileza”— atentaba contra el mandato de seguridad jurídica⁴⁵⁷. Ésta también ha sido la postura del

sería de esta opinión. Así NIESE, Werner, «Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Bd. 3 der Amtlichen Sammlung – Entscheidungen zum materiellen Strafrecht)», ob. cit., pág. 549, en una fecha tan temprana como los años cincuenta afirma, a pesar de no compartir plenamente su criterio, que la jurisprudencia del Tribunal Federal alemán pone de relieve «que en especial la *alevosía* deba determinarse independientemente de la —quizá comprensible— motivación del hecho y que una especial reprochabilidad deba rechazarse en general como circunstancia general no escrita de asesinato [*daß insbesondere die Heimtücke unabhängig vom – vielleicht verständlichen – Beweggrund der Tat zu bestimmen und eine ‚besondere Verwerflichkeit‘ der Tat im ganzen als allgemeines ungeschriebenes Mordmerkmal abzulehnen sei*]».

⁴⁵⁶ SCHMOLLER, Kurt, «Überlegungen zur Neubestimmung des Mordmerkmals “heimtückisch”», ob. cit., pág. 391, nota 9: «[...] por otra parte la delimitación entre asesinato y homicidio pierde todavía más en determinación, cuando se la hace dependiente del criterio del tipo de cláusula general de la ‘especial reprochabilidad’ [*andererseits verliert die Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag noch mehr an Bestimmtheit, wenn sie von dem generalklauselartigen Kriterium der ‚besonderen Verwerflichkeit‘ abhängig gemacht wird*]».

⁴⁵⁷ MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil. Ein Lehrbuch*, Edit.: C. F. Müller, 5ª edición ampliada y reelaborada, Karlsruhe, 1969, pág. 29: «Pero ante todo es un mandato de seguridad jurídica, no hacer depender la aplicación o inaplicación del tipo más drástico de nuestro Derecho penal de una cláusula general de la ‘reprochabilidad’ puesta solamente en mano del juez [*Vor allem aber ist es ein Gebot der Rechtssicherheit, Anwendung oder Nichtanwendung des einschneidendsten Tatbestandes unseres Strafrechts nicht von einer allein in die Hand des Richters gelegten Generalklausel der ‚Verwerflichkeit‘ abhängig zu machen*]». WOESNER, Horst, «Moralisierende Mordmerkmale», ob. cit., pág. 1026: «Sin embargo es insoportable a la larga en un Estado de derecho plural que la distinción tan importante entre asesinato y homicidio con todas las graves consecuencias vinculadas a ella deba depender de con qué visión del mundo el juez competente en cada caso completa los conceptos morales en blanco. El objetivo de toda jurisprudencia en asuntos penales debería ser la protección de bienes jurídicos, no la condena moral. Cuanto más grave es la amenaza penal más grandes exigencias deben ponerse en la determinación y la racionalidad de sus condiciones. Si se trata de la pena más elevada, la cual debe ser impuesta sin la posibilidad de una aminoración según los puntos de vista de la discrecionalidad [judicial], entonces debe existir la más alta claridad posible sobre cuándo es merecida [...] Se desatiende la advertencia de que conceptos con muchos sentidos con un contenido socio-ético difícilmente determinable no proporcionan al juez una regla útil. En vano queda la indicación de que tal falta de claridad dificulta la actividad de los tribunales penales en los casos de delitos capitales y lesiona a través de ello la protección jurídico-penal de la vida. [...] Una delimitación según la ‘especial reprochabilidad’ significa en realidad una renuncia a toda delimitación a través de la ley. Ella conduce a un puro culto por los precedentes judiciales, en el cual el Tribunal de casación se hace cargo forzado de la carga que tiene que soportar el legislador. Prestigiosos jueces por eso han pedido desde hace mucho con insistencia que se les libere de una regulación así que en realidad no lo es. [*Es ist aber auf die Dauer in einem pluralistisch angelegten Rechtsstaat unerträglich, daß die so wichtige Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag mit allen daran geknüpften schwerwiegenden Folgen davon abhängen soll, mit welchem*

Tribunal Federal alemán frente a la doctrina mayoritaria de aquel país⁴⁵⁸. Y no es extraño que así sea; ante la grave decisión de condenar a alguien por asesinato, la seguridad de una aplicación cierta del derecho queda gravemente dañada cuando, al margen de la descripción típica, se acude, como apoyo y criterio, a nociones tan difusas como “cobardía”, “vileza” o “actitud especialmente reprochable”, respecto de las cuales las opiniones de unos frente a otros pueden por lo general distar mucho entre sí⁴⁵⁹.

weltanschaulichen Inhalt der jeweils berufene Richter die sittlichen Blankettbegriffe ausfüllt. Ziel jeglicher Rechtsprechung in Strafsachen sollte der Rechtsgüterschutz, nicht die moralische Verdammnis sein. Je schwerer die Strafandrohung ist, desto größere Anforderungen sind an die Bestimmtheit und die Rationalität ihrer Voraussetzungen zu stellen. Geht es um die Höchststrafe, die ohne die Möglichkeit einer Milderung nach Ermessensgesichtspunkten verhängt werden soll, so muß höchstmögliche darüber bestehen, wann sie verwirkt ist. [...] Verhallt ist die Warnung, vielseitige Begriffe mit schwer bestimmbarem sozial-ethischen Gehalt vermittelten dem Richter keinen brauchbaren Maßstab. Erfolglos bleibt der Hinweis, derartige Unklarheiten erschwerten die Tätigkeit der Strafgerichte bei Kapitalverbrechen und beeinträchtigten dadurch den strafrechtlichen Schutz des Lebens. [...] Eine Abgrenzung nach der ‚besonderen Verwerflichkeit‘ bedeutet in Wirklichkeit einen Verzicht auf jegliche Abgrenzung durch das Gesetz. Sie führt zu einem reinen Präjudizienkult, bei dem das Revisionsgericht notgedrungen die Bürde übernimmt, die der Gesetzgeber zu tragen hat. Angesehene Richter haben deshalb seit langem nachdrücklich darum gebeten, sie mit einer solchen Regelung, die in Wirklichkeit keine ist, zu verschonen]».

⁴⁵⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich, «Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig?», ob. cit., pág. 130: «El Tribunal Federal alemán ha rechazado sin embargo hasta ahora por motivos de claridad y seguridad jurídica una limitación general del tipo de asesinato a través de una cláusula de reprochabilidad [*Eine allgemeine Einschränkung des Mordtatbestandes durch eine Verwerflichkeitsklausel hat der Bundesgerichtshof jedoch aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit bisher abgelehnt*]». RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (I)», ob. cit., pág. 970: «El Tribunal Federal ha rechazado siempre esta interpretación, porque ella sería insoportable para la seguridad jurídica [*Der BGH hat diese Auffassung stets abgelehnt, weil sie für die Rechtssicherheit untragbar sei*]». BOCKELMANN, Paul, «Literaturbericht – Maurach, Reinhart: Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil II», ob. cit., pág. 307: «La jurisprudencia del Tribunal Federal alemán rechaza tal corrección, porque ‘la historia de la aparición y la redacción del § 211 del Código penal alemán [...] indicarían] claramente el deseo político-jurídico del legislador alemán de poner en manos del juez tipos claros y definidos de manera fija para el enjuiciamiento de la cuestión de si una muerte es un homicidio o un asesinato’ (BGHSt. 9 S. 389) y porque un ‘juicio valorativo’ general (como exige la comprobación de la ‘reprochabilidad’) por experiencia puede resultar tan diferente, incluso dentro de un tribunal de revisión, que no sea capaz de ofrecer ninguna caracterización útil para la diferenciación entre asesinato y homicidio (BGHSt. II S. 143) [*Die Rechtsprechung des BGH lehnt eine solche Korrektur ab, weil ‚die Entstehungsgeschichte und die Fassung des § 211 StGB ... deutlich das rechtspolitische Anliegen des deutschen Gesetzgebers (zeigten), dem Richter für die Beurteilung der Frage, ob eine Tötung Mord oder Totschlag ist, klare und fest umrissene Tatbestände an die Hand zu geben‘ (BGHSt. 9 S. 389) und weil ein ‚allgemeines Werturteil‘ (wie es die Feststellung der ‚Verwerflichkeit‘ erfordert) erfahrungsgemäß selbst innerhalb eines Revisionsgerichts so verschieden ausfallen könne, daß es kein brauchbares Kennzeichen für die Unterscheidung von Mord und Totschlag abzugeben vermöge (BGHSt. II S. 143)]». SPENDEL, Günter, «„Heimtücke“ und gesetzliche Strafe bei Mord ...», ob. cit., pág. 270: «La interpretación general del § 211 CP [alemán] que toma en cuenta el merecimiento total de hecho y autor debe ser rechazado con el Tribunal Federal [alemán] a causa del peligro evidente en ello de la relajación del tipo y de la determinación del hecho [*Die allgemeine, auf eine Gesamtwürdigung von Tat und Täter abstellende Auslegung des § 211 StGB ist mit dem BGH wegen der damit naheliegenden Gefahr einer Aufweichung des Tatbestandes und der Tatbestimmtheit abzulehnen*]». WOESNER, Horst, «Moralisierende Mordmerkmale», ob. cit., pág. 1025: «El Tribunal Federal ha reconocido esta problemática tempranamente. En una decisión del año 1956, en la cual se trata del supuesto elemento del tipo no escrito*

La segunda razón que conduce a rechazar el criterio de un ánimo especial radica en el riesgo innegable de una vuelta al Derecho penal de autor⁴⁶⁰. Pues, cuando se trata de enjuiciar la reprochabilidad del autor no es difícil que la mirada del juzgador se centre más en observar su carácter —la suma de actos repetidos determinantes de su modo de ser propio—, que el hecho concreto cometido. Es cierto que el riesgo de una caída en el Derecho penal de autor queda conjurado cuando la reprochabilidad del autor deja de entenderse como fruto del carácter, para pasar a concebirse como reprochabilidad del autor manifestada en el hecho concreto⁴⁶¹. De este modo

de la especial reprochabilidad, el *Pleno de lo penal* remarca el deseo jurídico-político del legislador de poner en la mano del juez para la delimitación tipos claros y con contornos fijos. No debe depender de una valoración judicial de la imagen completa del hecho si se condena al autor por asesinato o por homicidio. Todavía más claro llega a ser el *Pleno* en su decisión sobre la alevosía de 1957. El juez tampoco tiene que decidir en la alevosía sobre la especial reprochabilidad del hecho, especialmente del ánimo del autor. El motivo para la elevación de la amenaza de la pena descansa en la especial peligrosidad de su proceder [*Der BGH hat diese Problematik frühzeitig erkannt. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1956, in der es um das ungeschriebene angebliche Tatbestandsmerkmal der besonderen Verwerflichkeit geht, betont der Große Strafsenat das rechtspolitische Anliegen des Gesetzgebers, dem Richter für die Abgrenzung klare und fest umrissene Tatbestände an die Hand zu geben. Es solle nicht von einer richterlichen Wertung des Gesamtbildes der Tat abhängen, ob der Täter wegen Mordes oder wegen Totschlags verurteilt werde. Noch deutlicher wird der Große Senat in der Heimtücke-Entscheidung von 1957. Über die besondere Verwerflichkeit der Tat, insbesondere der Gesinnung des Täters, habe der Richter auch nicht bei der Heimtücke zu entscheiden. Der Grund für die erhöhte Strafdrohung liege in der besonderen Gefährlichkeit des Vorgehens*].

⁴⁵⁹ GÓMEZ RIVERO, Carmen, «Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código Penal», ob. cit., pág. 39: «[...] ya con relación específica a la alevosía, entiendo que la exigencia de dicho elemento anímico introduciría una dificultad adicional que a la postre encierra el riesgo de abocar a una relativización de los presupuestos de la circunstancia, con la consiguiente pérdida de seguridad jurídica. Y es que, en efecto, a diferencia de lo que sucede con otras circunstancias, como el ensañamiento, donde es relativamente fácil identificar su realización voluntaria y consciente (aumento de dolor) y delimitarla del elemento subjetivo que eventualmente pudiera inspirar la actuación del agente (ánimo calculado de producir sufrimiento), la disección de ambos aspectos resulta endiabladamente difícil en la alevosía, hasta el punto de que la exigencia de dicho elemento tendencial se presta con ductilidad a funcionar como soporte argumentativo de decisiones de signo diametralmente opuesto».

⁴⁶⁰ MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil. Ein Lehrbuch*, ob. cit., pág. 29: «Sin embargo las perspectivas tentadoras de tal ‘corrección de los tipos’ no debe enturbiar la mirada para [ver] sus peligros. Pues en primer lugar si bien no es inevitable, sin embargo existe entonces la posibilidad evidente de una indagación de la personalidad que conduzca a un Derecho penal de autor [*Indes dürfen die verführerischen Perspektiven einer solchen ‚Typenkorrektur‘ nicht den Blick für ihre Gefahren trüben. Denn zunächst besteht, wenn auch nicht die Zwangsläufigkeit, so doch die naheliegende Möglichkeit einer zum Täterstrafrecht hinführenden Persönlichkeitsforschung*]. MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 480: «[...] frecuentemente se le ha atribuido [a la alevosía] un fundamento basado en el carácter traicionero del autor. Con ello, no sólo se confunde la naturaleza con el posible fundamento de la circunstancia sino que se acepta indirectamente la agravación de la pena en atención a la forma de ser del sujeto, lo que resulta propio de la rechazable culpabilidad por el carácter y, por tanto, contrario a las exigencias de la culpabilidad por el hecho».

⁴⁶¹ Frente a esto, el planteamiento hecho a continuación por ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, ob. cit., pág. 695, responde a mi juicio claramente a la idea del Derecho penal de autor: «Las legislaciones modernas quieren que en la medida y en la elección de la pena se tenga en cuenta también las cualidades personales del reo que, sin reflejarse en el episodio criminal singular, constituyen un indicio de su capacidad criminal. El carácter del individuo, los móviles de la acción, los precedentes y en general la vida anterior, su conducta sucesiva al delito: en suma, todos los elementos de los cuales puede deducirse la posibilidad, mayor o menor, de que él cometa en el futuro otros delitos

BOCKELMANN piensa que «[...] esto [el retorno al Derecho penal de autor] sólo sería acertado, si sólo los hombres reprochables pudieran obrar de forma reproachable. Pero esto no es —desgraciadamente— así [...] el hecho individual puede ser expresión de una ‘actitud reproachable’ cuando la reprochabilidad de la actitud no es un rasgo constante retratado en el carácter»⁴⁶².

Ahora bien lo que garantiza que la reprochabilidad sea la del hecho individual y no se acuda al historial del autor para atribuírsela, es poder aislar los elementos del hecho donde esta reprochabilidad del autor se manifiesta. De ahí que sea justo decir con GIMBERNAT ORDEIG que «las consideraciones sobre la mayor o menor reprochabilidad del sujeto carecen de trascendencia si no se han traducido en un hecho que el legislador ha convertido expresamente en un elemento del tipo»⁴⁶³. Porque, precisamente, su

influyen sobre la cantidad y cualidad de la pena [*Le legislazioni moderne vogliono che nella misura e nella scelta della pena si tenga conto anche delle qualità personali del reo che, senza riflettersi nel singolo episodio criminoso, costituiscono un indizio della sua capacità criminale. Il carattere dell'individuo, i moventi dell'azione, i precedenti e in genere la vita anteatta del reo, la sua condotta successiva al reato: insomma, tutti gli elementi da cui si può desumere la possibilità, maggiore o minore, che egli commetta nell'avvenire altri reati, influiscono sulla quantità e qualità della pena*]].

⁴⁶² BOCKELMANN, Paul, «Literaturbericht – Maurach, Reinhart: Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil II», ob. cit., pág. 309: «*Es träge nur dann zu, wenn bloß verworfene Menschen verwerflich handeln könnten. Aber das ist – leider – nicht so [...] Ausdruck einer ‚verwerflichen Gesinnung‘ kann die einzelne Tat auch dann sein, wenn die Verwerflichkeit der Gesinnung kein konstanter Zug im Charakterbild des Täters ist [...]*». Igualmente RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (II)», ob. cit., pág. 6: «El comportamiento según el hecho permite también conclusiones sobre el ánimo especialmente reproachable [*Schlußfolgerungen auf die besonders verwerfliche Gesinnung läßt auch das Verhalten nach der Tat zu*]]».

⁴⁶³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio», ob. cit., pág. 204. A favor también de una tipificación concreta de carácter objetivo-material de la especial culpabilidad de autor, KÖHLER, Michael, «Zur Abgrenzung des Mordes. Erörtert am Mordmerkmal „Verdeckungsabsicht“», ob. cit., pág. 122: «Exigible es ante todo una determinación objetivo-material en la forma de conceptos legales, ya sean conceptos especiales o generales del delito y de su explicación. Esto lo manda también —correctamente entendido— constitucionalmente de manera positiva el artículo 103 de la Ley Fundamental. Con estas exigencias no puede compatibilizarse, el hacer en realidad en último término responsable de la cualificación de asesinato, que produce las penas más altas, a la cláusula general de “especial reprochabilidad según la completa consideración de todas las circunstancias”. Porque con ello —independientemente de en qué forma técnica— la propia determinación objetiva se dejaría precisamente abierta y el ya futuro relleno de contenido se confiaría —de manera no vinculante— al juez que decide en el caso concreto. Esto está excluido. La melior opinio incluida la del Tribunal Federal rechaza por tanto con razón aquél método e insiste en una determinación (y esto quiere decir también limitación) inmanente al concepto legal de la cualificación de asesinato [*Gefordert ist zunächst sachlich-inhaltliche Bestimmtheit in der Form von Gesetzesbegriffen, sei es besonderen, sei es allgemeinen Begriffen des Verbrechens und deren Explikation. Das gebietet – richtig verstanden – positiv verfassungsrechtlich auch Art. 103 des GG. Mit diesen Erfordernissen ist es nicht zu vereinbaren, die höchststrafen-auslösenden Mordqualifizierung letztlich überhaupt einer Generalklausel ‚besondere Verwerflichkeit nach Gesamtabwägung aller Umstände‘ zu überantworten. Denn damit würde – unverbindlicherweise – dem Richter der Einzelfallentscheidung überlassen. Das ist ausgeschlossen. Die melior opinio einschließlich des Bundesgerichtshofs lehnt also jene Methode mit Recht ab und besteht auf gesetzesbegriffsimmanenter Bestimmung (und das heißt auch Begrenzung) der Mordqualifikation*]].

traducción en un elemento tipificado concreto es lo que permite ofrecer ciertas garantías de que la reprochabilidad del autor se conecta con su hacer y no con su carácter. La tipificación representa, entonces, el camino para demostrar la afirmación “sólo el hecho hace al asesino” de MAURACH⁴⁶⁴. Como demuestra, por ejemplo, el Código cuando traduce la mayor reprochabilidad del autor (con base en sus motivos) en la circunstancia de “precio, recompensa o promesa” del artículo 139.2, al garantizar que no será el carácter del autor lo que se tome en cuenta para decidir si ha cometido asesinato, sino el hecho de que su acción de matar esté vinculada a un precio, recompensa o promesa⁴⁶⁵. En cambio, con alusiones generales e imprecisas a la “cobardía”, la “vileza” o la “especial reprochabilidad” no traducidas en ningún elemento concreto del tipo, se corre siempre el riesgo de estar enjuiciando la carrera del autor y no su hacer concreto⁴⁶⁶. Así,

⁴⁶⁴ MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil. Ein Lehrbuch*, ob. cit., pág. 28: « [...] allein die Tat den Mörder macht». En sintonía QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, I Infracciones contra la persona en su realidad física*, ob. cit., pág. 265: «En todo caso es el acto lo alevé, no la persona, que traidora o no, cobarde o valiente, puede incurrir en ella [en la alevosía] por su comportamiento real que es lo único que la ley toma en cuenta en perspectiva de reproche *de acto* y no de autor». WOESNER, Horst, «Moralisierende Mordmerkmale», ob. cit., pág. 1027: «El legislador no puede recurrir a una imagen preestablecida del asesino. Sólo la ley acuña con ese fin al autor que ha aniquilado una vida humana. Las diferencias [entre asesinato y homicidio] no están dadas de antemano, sino que son de tipo técnico-legal [*Auf ein vorgeprägtes Bild des Mörders kann der Gesetzgeber nicht zurückgreifen. Erst das Gesetz stempelt den Täter, der ein Menschenleben vernichtet hat, dazu. Die Unterschiede sind nicht vorgegeben, sondern gesetzestechnischer Art*]. Igualmente SPENDEL, Günter, «„Heimtücke“ und gesetzliche Strafe bei Mord...», ob. cit., pág. 273: «Si bien por motivos jurídico-filosóficos y jurídico-político (relativos al Estado de derecho) deben rechazarse elementos referidos al ánimo de este tipo y exigirse tipos redactados de manera lo más posible objetiva, así sin embargo no puede evitarse la correspondiente interpretación de un elemento subjetivo tal, una vez que ha sido aceptado en la ley. Todas las dificultades de interpretación muestran en todo caso claramente cómo de errada es la proseguida subjetivación de los tipos delictivos, especialmente de los requisitos para el asesinato y cómo de necesario por eso se hace la vuelta del legislador a un objetivismo en la conformación de los tipos [*Sind auch sonst aus rechtsphilosophischen und rechtspolitischen (rechtsstaatlichen) Gründen derartige ‘Gesinnungsmerkmale’ abzulehnen und möglichst objektiv gefaßte Tatbestände zu fordern, so kann man doch der entsprechenden Deutung eines solchen subjektiven Merkmals nicht ausweichen, wenn es nun einmal in das Gesetz aufgenommen worden ist. Die ganzen Auslegungsschwierigkeiten zeigen jedenfalls anschaulich, wie verfehlt die fortschreitende Subjektivierung der Deliktstypen, insbesondere der Mordvoraussetzungen ist und wie not daher die Rückkehr des Gesetzgebers zu einem Objektivismus in der Tatbestandsbildung tut*]». QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Parte General del Derecho Penal, ob. cit., pág. 793: «De la agravante de alevosía, como de alguna otra, se ha dicho siempre que, ante todo, debe valorarse en una *contemplación estrictamente objetiva*. Frente a la imagen literaria del sujeto ‘aleve’ como traidor intencional, la alevosía legal es una circunstancia que se aprecia en razón a que los ‘medios, modos o formas’ de la ejecución por sí mismos, pues son ellos y no la habilidad de la persona los que proporcionan ayuda o facilitan impunidad».

⁴⁶⁵ SANVICENTE SAMA, Alejandro, «Investigación del concepto jurisprudencial de la alevosía», ob. cit., pág. 76: «En la Ley penal las circunstancias agravantes se presentan, por regla general, como formas concretas de actuación, cuyo concurso en el delito pone de relieve una mayor criminalidad del sujeto —ejecutar el delito de noche, en despoblado, emplear disfraz, etc.—. La concreción legal de las mismas facilita extraordinariamente su interpretación, pues todo se reduce a determinar, según los casos, qué debe entenderse por noche, por despoblado, por disfraz, etc.».

⁴⁶⁶ MORALES PRATS, Fermín, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, ob. cit., pág. 39.

por ejemplo, que quien decide suicidarse llevándose consigo a su familia tuviera o no una actitud especialmente reproachable es una cuestión que, si no somos capaces de establecer en qué concretos elementos del hecho quedó traducida, quedará en la mayor parte de los casos librada a un enjuiciamiento sobre su carácter; quienes le tengan por un buen hombre opinarán que no pudo soportar la idea de dejar desamparada a su familia, quienes le vean como una mala persona creerán que lo que no aguantaba era que le sobrevivieran.

Por eso sí pienso que se debe castigar al autor alevoso como asesino en virtud de su especial reprochabilidad frente al homicida. Pero esta apelación a la reprochabilidad no tiene carácter general, ni se refiere a cualesquiera criterios morales extralegales elegidos arbitrariamente (“vileza”, “cobardía”, etc.) sino que se traduce en un elemento típico concreto previsto en el artículo 22.1, conectado con la acción del autor y no con su carácter; cometer el hecho eliminando la defensa⁴⁶⁷. Pues la mayor reprochabilidad

⁴⁶⁷ Aunque minoritario en Alemania, RENGIER, Rudolf, ha venido a reconocer la especial reprochabilidad ya presente en el mera acción alevosa, así en «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (II)», ob. cit., pág. 6, afirma: «En suma se ha mostrado que la circunstancia de ‘alevosía’ frente a las concepciones del Proyecto de 1962 (art. 135) y del Proyecto Alternativo (art. 100 apartado 2) es absolutamente adecuada para capturar de manera típica los casos de homicidio especialmente reprochables (art. 211) [*Insgesamt hat es sich gezeigt, daß das Mordmerkmal ‚heimtückisch‘ entgegen den Vorstellung des E 1962 (§ 135) und des Alternativ-Entwurfs (§ 100 Abs. 2) durchaus geeignet ist, typischerweise besonders verwerfliche Tötungsfälle (§ 211) zu erfassen*]», y de forma más extensa en «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (I)», ob. cit., pág. 972, sostiene que «después de todo la alevosía tiene —también cuando es interpretada predominantemente referida al hecho— como circunstancia que tipifica el asesinato absolutamente su justificación [*Nach allem hat die Heimtücke – auch wenn sie vorwiegend tatbezogen interpretiert wird – als typisierendes Mordmerkmal durchaus Berechtigung*]», aun cuando admita, como un modo de evitar la pena absoluta de cadena perpetua aparejada por el asesinato alevoso, que «sin embargo en ciertos casos [se trataría de comprensibles estados de intensa excitación anímica] esta circunstancia necesita absolutamente una corrección [*Allerdings bedarf dieses Merkmal durchaus in gewissen Fällen einer Korrektur*]». Según piensa «no puede negarse sin embargo a la teoría de la defensa de la víctima del Tribunal Federal alemán su justificación *fundamental* y su adecuación para capturar los casos de homicidio ‘especialmente reprochables’ [*Der Opferschutz-Theorie des BGH ist indes ihre prinzipielle Berechtigung und Eignung, die ‚besonders verwerflichen‘ Tötungsfälle zu erfassen, nicht abzusprechen*]». Como su nombre indica, esta teoría interpreta que la alevosía tiene su fundamento en la víctima, en su protección (y no en el ánimo del autor). En sintonía con esta teoría, RENGIER ofrece cuatro razones para apoyarla. La primera, siguiendo a GEILEN, es que para la víctima «‘el miedo a la muerte’ [...] ‘como punto de partida de una defensa sin embargo probablemente exitosa en el resultado es siempre mejor que una muerte que ciertamente no altera los nervios, pero lograda precisamente por eso’ [*ist ‚Todesangst‘ [...] ‚als Ausgangspunkt einer möglicherweise im Ergebnis doch erfolgreichen Verteidigung immer noch besser als eine die Nerven zwar schonende, aber gerade deshalb gelungene Tötung‘*]». La segunda «que la inhibición para matar se encuentra más baja, porque el autor no se presenta frente a la víctima cara a cara y la ejecución del hecho a causa del más escaso peligro de descubrimiento ocurre más fácilmente [*daß die Tötungshemmung niedriger liegt, weil der Täter dem Opfer nicht Auge in Auge gegenübertritt und die Tatausführung wegen geringerer Entdeckungsgefahr leichter fällt*]». La tercera que «es típico para el autor que obra alevosamente proceder planificadamente, por tanto obrar ‘con premeditación’, [...] mientras el homicidio ‘manifiesto’ se desarrolla regularmente a partir de una situación de conflicto, por

del autor alevoso frente al homicida se traduce en el hecho concreto de que aquél a diferencia de éste cometió el delito empleado medios que impidieron ejercer el derecho, concedido a toda víctima en el art. 20.4 del Código, a la legítima defensa. Como he defendido en el primer capítulo, precisamente cometer el hecho eliminando la defensa de la víctima aumenta la antijuricidad del comportamiento, porque al injusto de atentar contra la persona de la víctima añade el injusto de vulnerar su derecho a la defensa. Es esta mayor antijuricidad (y no un especial ánimo añadido en sede de culpabilidad)⁴⁶⁸ lo que dota de mayor reprochabilidad al asesino frente al homicida. Por eso es correcto, como hace nuestra jurisprudencia⁴⁶⁹, extraer la especial reprochabilidad del autor alevoso automáticamente del modo de comisión alevoso (de su mayor antijuricidad), aunque desde luego, a mi juicio, cierta jurisprudencia se equivoque al identificar dicha reprochabilidad con términos morales negativos (cobardía, vileza, traición, perversidad, etc) que caracterizan el ánimo del autor.

tanto descansa lo más probablemente en motivos de algún modo ‘comprensibles’ y no precisamente en motivos ‘reprochables’ [ist es für den ‚heimtückisch‘ handelnden Täter typisch, daß er planmäßig vorgeht, also ‚mit Überlegung‘ handelt, [...] während sich ‚offene‘ Tötung in der Regel aus einer Konfliktsituation heraus entwickelt, also am ehesten auf irgendwie ‚begreiflichen‘ und eben nicht ‚verwerflichen‘ Gründen beruht]». Y finalmente que «los delitos de homicidio prevalecen en las estadísticas sobre los casos de asesinato [...]. También las condenas por tentativa de homicidio más frecuentes frente a la tentativa de asesinato señalan a una defensa en todo caso parcialmente exitosa debida al anuncio ‘manifiesto’ de lucha [Schließlich überwiegen in den Statistiken die Totschlagsdelikte die Mordfälle [...]. Auch die gegenüber versuchtem Mord häufigeren Verurteilungen wegen versuchten Totschlags weisen auf eine jedenfalls teilweise infolge ‚offener‘ Kampfansage erfolgreiche Verteidigung hin]». En cualquier caso todas las razones apuntadas por RENGIER se refieren predominantemente a los efectos empíricos o fácticos de aquello que en realidad sería aquí fundamental y de lo que derivarían tales efectos, y esto es la cuestión normativa de que se haya quitado a la víctima el derecho a ejercer la legítima defensa.

⁴⁶⁸ Como se vio en el capítulo 1, la doctrina mayoritaria, y este trabajo con ella, considera el reproche que pueda hacerse al autor procede exclusivamente de la antijuricidad de su conducta. Véase MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pág. 536 nota 1 al pie y pág. 632; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «El sistema del Derecho penal en la actualidad», ob. cit., pág. 148 nota al pie 44; CUERDA RIEZU, Antonio, «¿Acaso no persigue ningún fin el Derecho penal cuando los jueces no imponen pena ni medida de seguridad?», ob. cit., pág. 182.

⁴⁶⁹ Esta es también la línea de cierta jurisprudencia que exige entre los requisitos de la alevosía una mayor reprochabilidad pero derivada del *modus operandi* alevoso: STS 2019/2010 de 22 de abril y STS 3899/2012 de 11 de mayo: «una mayor reprochabilidad de la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades»; STS 2563/2010 de 14 de mayo y STS 2969/2010 de 2 de junio: «Esta Sala (Cfr. SSTs de 22 de junio de 1993; 9 de julio de 1999; 13 de julio de 2000; 10-3-2004, no 310/2004), vuelve a recordar que ‘La alevosía, definida en el art. 22.1º del Código vigente, requiere de un elemento normativo, que se cumple si acompaña a cualquiera de los delitos contra las personas; de un elemento instrumental que pueda afirmarse si la conducta del agente se enmarca en una actuación que asegure el resultado, sin riesgo para su persona, en algunas de las modalidades que doctrina y jurisprudencia distingue en el asesinato alevoso; y de un elemento culpabilístico, consistente en el ánimo de conseguir la muerte sin ofrecer a la víctima posibilidad alguna de defensa [subrayado y cursiva míos]».

De esta manera, aunque aquí se reconozca una mayor reprochabilidad en el autor alevoso, ésta no se deriva de un ánimo especial (coloreado moralmente) no plasmado en la descripción legal, sino precisamente de la descripción legal de un hecho (eliminación de la legítima defensa) que hace más antijurídico el comportamiento. Frente a nuestra postura se podría ciertamente alegar que, aunque respeta el principio de legalidad, incumple otro principio importante, el de culpabilidad, pues la toma en consideración de un ánimo especial, aquí rechazada, permite evitar la dureza de la pena por asesinato alevoso en casos —por ejemplo el asesinato por compasión o el de la persona débil o inferior físicamente que sólo puede oponerse mediante medios alevosos— en los que el autor no se muestra como especialmente merecedor de reproche. Sin embargo, frente a esta posible crítica debe tenerse en cuenta que el hecho de reconocer *por una parte* que el autor actuó de manera más reprochable —por ser más antijurídico su comportamiento al haber eliminado la defensa de la víctima— no cierra el camino a que *por otra* su culpabilidad se pueda ver contrarrestada acudiendo, en los casos donde las especiales circunstancias recomiendan un menor merecimiento de pena, a causas completas o incompletas de exculpación. Es cierto que en Alemania el problema consiste en que la literalidad del § 211 del Código penal alemán previene para el asesinato la pena, no susceptible *en principio* de atenuación, de cadena perpetua⁴⁷⁰, de ahí que se piense, como hace SCHMIDHÄUSER, que el asesinato alevoso —e igualmente las otras formas— para corresponder a esa pena *absoluta* debe identificarse con una reprochabilidad

⁴⁷⁰ KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, ob. cit., pág. 41: «El tipo de asesinato prevé como sanción exclusivamente la pena de cadena perpetua. Sin embargo, a través de esta amenaza de pena absoluta no se puede eludir el principio de que las penas tienen que estar en una proporción justa a la gravedad del hecho y a la medida de la culpabilidad [*Der Mordtatbestand sieht als Sanktion ausschließlich lebenslange Freiheitsstrafe vor. Durch diese absolute Strafdrohung darf jedoch das Prinzip, dass die Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Maß der Schuld stehen muss, nicht umgangen werden*]». SCHMOLLER, Kurt, «Überlegungen zur Neubestimmung des Mordmerkmals „heimtückisch“», ob. cit., pág. 390: «De su posición legal [como circunstancia de asesinato] resulta que la valoración de un homicidio como ‘alevoso’ —en todo caso según la literalidad de la ley— siempre conduce a la pena de cadena perpetua. La interpretación de esta circunstancia por eso tiene que efectuarse de tal manera que aparezca como justificado de forma general en los casos abarcados por ella la disposición de la pena más alta. En ello consiste la especial dificultad [*Aus dieser Gesetzeslage ergibt sich, daß die Beurteilung einer Tötung als ‚heimtückisch‘ – jedenfalls dem Gesetzeswortlaut nach – stets zur Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe führt. Die Auslegung dieses Merkmals muß deshalb so erfolgen, daß es in den von ihm erfaßten Fällen generell gerechtfertigt erscheint, die Höchststrafe auszusprechen. Darin liegt die besondere Schwierigkeit*]». SANZ MORÁN, Angel José, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo 48, Núm. 3, 1995, págs. 793 y s.: «Concluimos este repaso por el derecho comparado con la regulación prevista en el *Código penal alemán*. El tipo básico del homicidio doloso (par. 212) se define negativamente como matar a otro sin ser asesino, estableciéndose una pena de prisión de más de cinco años, que en casos especialmente graves puede llegar a la reclusión perpetua. Esta última aparece prevista como pena única para el asesinato (par. 211) [...]».

también *absoluta* no susceptible, por tanto, tampoco de atenuación: «[...] no se puede decir igualmente, el autor ha matado bien es verdad alevosamente, pero bajo circunstancias del hecho que tenían efecto exculpan. Pues si el desvalor moral por sí mismo de la alevosía está dado como una actitud especialmente reprochable, entonces también está excluida ya necesariamente la aceptación de las llamadas circunstancias privilegiadas, y si las circunstancias privilegiadas existen, no puede ya darse ‘alevosía’»⁴⁷¹.

Los problemas a que da lugar en Alemania una pena absoluta para el asesinato en el caso concreto quedan inmejorablemente expuestos con el siguiente caso presentado por RENGIER: «La mujer había acordado con su amante la muerte del marido (durmiente). Antes del hecho ejecutado en común la mujer doblegó al amante en cierto modo a través de un ‘juego de amor’. El Tribunal Federal [alemán] dudó de si el amante a consecuencia de su estado de excitación había sido ‘consciente’ de la ejecución alevosa del hecho. Pero que el marido dormía era conocido sin duda para el amante. Supuestamente el Tribunal Federal no consideró para ambos autores adecuada la misma pena (a saber, la ‘cadena perpetua’), porque la mujer fue la fuerza impulsora. Porque, sin embargo, el tipo de asesinato no hace posible una medición de la pena diferenciada y el amante tampoco podía ser penado como partícipe se le ocurrió al Tribunal Federal otra solución — un ejemplo más a favor de que el mal del § 211 reside en último término en la amenaza absoluta de pena»⁴⁷².

⁴⁷¹ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, ob. cit., pág. 236: «[...] läßt sich gerade nicht sagen, der Täter habe zwar heimtückisch getötet, aber unter entlastend wirkenden Tatumständen. Denn wenn der selbständige sittliche Unwert der Heimtücke als einer besonders verwerflichen Gesinnung begeben ist, dann ist auch schon notwendig die Annahme sog. Privilegierender Umstände ausgeschlossen, und wenn privilegierende Umstände vorliegen, kann nicht mehr ‘Heimtücke’ gegeben sein]» En el mismo sentido RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (II)», ob. cit., quien, utilizado una cita de HORN, afirma: «‘porque la pena es fija, tiene que hacerse flexible el concepto’, la ley tiene precisamente que ofrecer un filtro en sentido contrario que excluya, como en los otros órdenes jurídicos, la imposición de la pena de cadena perpetua en los casos menos graves [da die Strafe starr ist, muß der Begriff flexible werden’, muß das Gesetz eben einen Gegenfilter geben, der wie in den anderen Rechtsordnungen die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe in minder schweren Fällen ausschließt]». En realidad si RENGIER niega el asesinato, flexibilizando el concepto de alevosía, en casos donde el modo de ejecución fue claramente alevoso pero concurrían en el autor circunstancias exculpantes, ello se debe no a que piense que la ejecución alevosa carece de un carácter especialmente reprochable, porque como veíamos más arriba en efecto sí que piensa que presenta dicho carácter, sino a la necesidad de evitar una calificación de asesinato que conlleva en Alemania la pena absoluta de cadena perpetua en principio no accesible a atenuación en función de circunstancias exculpantes del autor.

⁴⁷² RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (II)», ob. cit., pág. 5 (se trata de la sentencia BGH 3, 183 recogida en NJW 1954, 1896): «Die Frau hatte mit ihrem Geliebten die Tötung des (schlafenden) Ehemannes verabredet. Vor der gemeinsam durchgeführten Tat machte sich die

Ahora bien si a pesar de la pena absoluta de cadena perpetua el Tribunal Federal alemán⁴⁷³ ha admitido la posibilidad de la atenuación de la pena, conforme al § 49 del Código penal alemán, cuando se condena por asesinato (en concreto alevoso) pero se presentan circunstancias especiales⁴⁷⁴, con mayor motivo será posible en nuestro país, donde para el asesinato alevoso —del artículo 139; otra cosa ocurre a partir de la reforma de la LO 1/2015 de 15 de marzo con el asesinato cualificado del 140⁴⁷⁵— no se previene una pena de cadena perpetua, atenuar la pena de quien ha sido considerado

Frau den Geliebten durch ein ‚Liebesspiel‘ in gewisser Weise gefügig. Der BGH bezweifelt, ob sich der Geliebte infolge seiner Erregung der heimtückischen Tatausführung ‚bewußt‘ gewesen sei. Aber daß der Ehemann schlief, war dem Geliebten zweifellos bekannt. Vermutlich hielt der BGH für beide Täter nicht dieselbe (nämlich die ‚lebenslange‘) Strafe für angemessen, weil die Frau die treibende Kraft war. Da der Mordtatbestand jedoch eine unterschiedliche Strafzumessung nicht ermöglicht und die Geliebte auch nicht als Teilnehmer betrafft werden konnte, verfiel der BGH auf einen anderen Ausweg – ein Beispiel mehr dafür, daß das Übel des § 211 letztlich in der absoluten Strafandrohung liegt».

⁴⁷³ Se trata de la sentencia BGHSt 30, 105 de 19 de mayo de 1981 ya mencionada en el primer capítulo.

⁴⁷⁴ DANNHORN, Unna, «Anmerkungen zur subjektiven Tatseite bei Tötungsdelikten», en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, Año 27, Cuaderno 6, 2007, pág. 297: «Pero ya en 1981 el pleno del Tribunal Federal ha decidido, que la existencia de una circunstancia de asesinato (en el caso en cuestión el homicidio alevoso) también en circunstancias extraordinarias podía condenarse como asesinato y sin embargo aplicarse el marco penal del § 49 I Núm. 1 del Código penal alemán [Bereits 1981 hat aber der Große Strafsenat des BGH beschlossen, dass bei Vorliegen eines Mordmerkmals (im Anfragfall heimtückische Tötung) auch bei außergewöhnlichen Umständen wegen Mordes zu verurteilen, jedoch der Strafrahmen des § 49 I Nr. 1 StGB anzuwenden sei]». SCHMOLLER, Kurt, «Überlegungen zur Neubestimmung des Mordmerkmals „heimtückisch“», ob. cit., pág. 390: «El Tribunal Federal [alemán] ciertamente se atiene en cambio a que la realización de una circunstancia del § 211 StGB siempre fundamenta el asesinato, pero admite cuando existen ‘circunstancias extraordinarias (exculpantes)’ una corrección del lado de las consecuencias jurídica: La pena de cadena perpetua en casos de este tipo puede ser aminorada en virtud de una ‘creación jurídica judicial’ conforme al § 49 parr. 1 Núm. 1 StGB [Der BGH hält dagegen zwar daran fest, daß die Verwirklichung eines der Merkmale des § 211 StGB stets Mord begründe, läßt aber beim Vorliegen ‚außergewöhnlicher (entlastender) Umstände‘ eine Korrektur auf der Rechtsfolgesseite zu: Die lebenslange Freiheitsstrafe könne in derartigen Fällen kraft ‚richterlicher Rechtsschöpfung‘ gem. § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB gemildert werden]». No obstante esta solución llamada de las consecuencias jurídicas [Rechtsfolgenlösung] encontró en Alemania gran oposición en la doctrina, cayendo a efectos prácticos en desuso. Así lo reconoce, a pesar de estar de acuerdo con esta solución, RENGIER, Rudolf, «Zur aktuellen Heimtücke-Rechtsprechung 30 Jahre nach BVerfGE 45, 187», ob. cit., 2007, pág. 485: «La así llamada solución de las consecuencias jurídicas alumbrada por la sentencia del Tribunal Federal BGHSt 30, 105 en conexión a la decisión del Tribunal constitucional BVerfGE 45, 187 nunca ha alcanzado un significado práctico digno de mención. Nada se ha cambiado en esto en los últimos años. Antes al contrario: El Tribunal Federal hace todo para no tener que recurrir a esta solución excepcional, sea que pone pautas tan estrictas que no existe el caso excepcional, o sea que encuentra otra estrategia para evitar la cadena perpetua [Die von BGHSt 30, 105 im Anschluss an BVerfGE 45, 187 ins Leben gerufene sog. Rechtsfolgenlösung hat niemals eine nennenswerte praktische Bedeutung erlangt. Daran hat sich in den letzten Jahren nichts geändert. Eher im Gegenteil: Der BGH tut alles, um nicht auf diese Ausnahmelösung zurückgreifen zu müssen, sei es, dass er so strenge Maßstäbe anlegt, dass der Ausnahmefall nicht vorliegt, oder sei es, dass er eine andere Strategie findet, um die lebenslange Freiheitsstrafe zu vermeiden]».

⁴⁷⁵ Con la entrada en vigor de la reforma del Código penal, operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, se ha introducido en nuestra legislación penal la pena de cadena perpetua (eufemísticamente llamada prisión permanente revisable). Con respecto a la circunstancia de alevosía, esta pena se aplica cuando se ha cometido un asesinato del 139 con alevosía y además concurre alguna de las circunstancias del artículo 140: a) víctima menor de 16 años o persona especialmente vulnerable, b) que el asesinato sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual sobre la víctima y c) que el autor pertenezca a grupo u

asesino alevoso. De ahí que sea lícito decir con MIR PUIG que «por grave que sea el delito, como p. ej. el de asesinato, puede cometerse con una culpabilidad disminuida o sin culpabilidad alguna»⁴⁷⁶. Con esto se hace posible que el especial reproche atribuible *en general* al asesino alevoso al homicida por haberse comportado de forma más antijurídica al eliminar la defensa, pueda verse contrarrestado para el autor *particular* por ciertas circunstancias exculpantes (completas o incompletas). Porque, en definitiva, no es una vulneración contra el principio de culpabilidad considerar asesinato el hecho

organización criminal. En este caso está por ver si, a pesar de la pena absoluta prevista, los tribunales en su práctica jurídica podrán, cuando concurren especiales circunstancias que disminuyan la reprochabilidad del autor, llegar a atenuarla —y además mediante qué vía—, o tomarán el camino indirecto de no apreciar alevosía para evitar la pena absoluta, prácticas ambas que han sido utilizadas por el Tribunal Federal alemán.

⁴⁷⁶ MIR PUIG, Santiago, «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal», en Juan Carlos CARBONELL MATEU / José Luis GONZÁLEZ CUSSAC / Enrique ORTOS BERENGUER (dirs.) y María Luisa CUERDA ARNAU (coord.), *Constitución, Derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Savador Vives Antón)*, Tomo II, Edit.: Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 1382. CASTELLÓ NICÁS, Nuria, «El asesinato y sus circunstancias», ob. cit., pág. 14: «Esa relevancia del elemento subjetivo no elimina la posibilidad de apreciación conjunta de la alevosía con las atenuantes caracterizadas por una disminución de la imputabilidad de la personas». Es lícito, a pesar de ello, hablar de cierta tensión entre el delito de asesinato y una culpabilidad anulada o disminuida: MORALES PRATS, Fermín, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, ob. cit., pág. 39: «Esta tensión es comprobable, por ejemplo, en los supuestos de concurrencia de la circunstancia específica del asesinato de alevosía (art. 139.1 CP) —si se acepta como estimo oportuno que el fundamento de esta circunstancia reside en el plano de lo injusto y, en particular, en el mayor desvalor de acción— en los que se prueba que el sujeto presenta una imputabilidad disminuida (por ejemplo, enajenación mental incompleta), enjuiciados por la jurisprudencia como supuestos de asesinato (sobre cuyo marco penal operaría la eximente incompleta) y de cuya singularidad contradictoria se ha hecho parte de la doctrina. Efectivamente, la tensión dialéctica, entre previsión típica abstracta y lógica de enjuiciamiento, cumplimentadora de las exigencias del juicio de culpabilidad, en el caso concreto es inevitable; pero, a mi juicio, esa tensión sólo es asumible, en cuanto a los costes, si, por lo menos, la creación del tipo autónomo agravado obliga a situar la proyección de los efectos aminoradores de la pena, en atención a criterios personales de aminoración de la imputabilidad o la reprochabilidad, en el marco autónomo de la pena exasperado (por ejemplo, el del asesinato) en razón de criterios de mayor injusto material, captados por el legislador y reflejados de forma apriorística en el tipo penal». En contra de la compatibilidad entre el asesinato alevoso y una culpabilidad disminuida la doctrina alemana; por ejemplo, RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (I)», ob. cit., pág. 972: «La circunstancia de alevosía puede según esto en cierta manera ser excluida por ‘contraindicaciones’ que residen en el ámbito subjetivo [...]. Dichas ‘contraindicaciones’ (que hacen posible una interpretación restrictiva de la circunstancia de ‘alevosía’) se muestran —basta así para esta explicación provisional— acaso en estados de arrebatado, desesperación y compasión, o, con otras palabras, en los casos del § 213 y en toda excitación anímica intensa y comprensible [Das Heimtückemerkmal kann demnach gewissermaßen durch im subjektiven Bereich liegende ‘Gegenindikationen’ ausgeschlossen sein [...]. Solche (die restriktive Interpretation des Merkmals ‘heimtückisch’ ermöglichenden) ‘Gegenindikationen’ sind – so viel genügt zur vorläufigen Verdeutlichung – etwa bei Affekt-, Verzweiflung- und Mitleidstaten, oder, mit anderen Worten, in den Fällen des § 213 und bei jeder begreiflichen heftigen Gemütsregung angezeigt]». WOESNER, Horst, «Moralisierende Mordmerkmale», ob. cit., pág. 1028: «Quien está a favor de la pena absoluta, tiene que tomar en cuenta que dentro del acontecimiento de una muerte puede haber circunstancias que bajo los puntos de vista de la peligrosidad y de la culpabilidad ‘compensan’ la circunstancia nombrada en la ley como elemento del asesinato [Wer die absolute Strafe befürwortet, muß in Kauf nehmen, daß es innerhalb eines Tötungsgeschehens Umstände geben kann, die unter den Gesichtspunkten der Gefährlichkeit und der Schuld den im Gesetz als Mordmerkmal benannten Umstand

alevoso cometido por un autor que actuó bajo circunstancias exculpantes, siempre y cuando la pena aparejada a ese delito se pueda rebajar (o incluso anular completamente) en conformidad a su culpabilidad.

La postura adoptada por nuestra jurisprudencia representa una buena prueba de la viabilidad de una aminoración (o incluso anulación) del especial reproche inherente al asesinato alevoso. En particular puede traerse aquí la STS 2969/2010 de 10 junio sobre el conocido caso de la madre que roció con gasolina y prendió fuego al violador de su hija⁴⁷⁷. Pese a que el Tribunal Supremo la consideró autora de un asesinato alevoso consumado, apreció a su vez para su caso la eximente incompleta de trastorno mental (art. 22.1 en relación con el art. 20.1), imponiéndole la pena inferior en dos grados y condenándola en consecuencia por el delito de asesinato a cinco años de prisión. El argumento utilizado por el Tribunal fue el siguiente: «Se alega, en defensa del motivo, que resulta incompatible la agravante de alevosía con la concurrencia de una eximente incompleta por grave pérdida o disminución de las facultades volitivas y cognoscitivas de la recurrente. No se pueden compartir los argumentos expresados en defensa del presente motivo. Muy al contrario a lo que se afirma en el motivo, esta Sala se ha

,ausgleichen'».

⁴⁷⁷ Los hechos probados se resumen como sigue: El día 13 de Junio de 2005, sobre las 10:30 horas aproximadamente, cuando la procesada Marí Jose se encontraba esperando el autobús sentada en un banco de la próxima a su domicilio, escuchó una voz que le decía 'buenos días señora ¿qué tal su hija?', y al levantar la cabeza y ver que era Santos, conocido como 'Rata', que se encontraba de permiso carcelario, donde estaba cumpliendo una condena de nueve años de prisión por la violación de su hija Pilar, a la edad de 13 años, comenzó a decir, 'maldito, maldito, eres tú', alejándose aquél del lugar en dirección al Bar Mary, adonde Marí Jose desde su posición vio como se introducía. La procesada Marí Jose sufría desde la violación de su hija un trastorno adaptativo mixto con síntomas ansiosos-depresivos del que venía siendo tratada. Por tal razón, unida a la visión y acercamiento a ella de Santos, al que creía en la cárcel, y sobre el que pensaba no se había hecho justicia, y unido también al hecho de encontrarlo en las proximidades de su domicilio (precisamente la acusada se cambió de domicilio a raíz de la agresión a su hija, yéndose a vivir al lado opuesto de la población, pues antes eran vecinos) provocó en ella tal estado emocional —explosión mental que disminuyó sus facultades volitivas— que le llevó a que sobre las 11:00 horas aproximadamente se dirigiera a la citada gasolinera y pidiera al empleado, Jon, una botella. Al decirle éste que no tenía ninguna, Marí Jose se marchó para su casa con la intención de encontrar alguna, regresando a los cinco minutos, portando una botella de plástico de 1,5 litros, solicitándole a dicho empleado que se la llenara de gasolina. Ya con la botella debajo del brazo llena de combustible y envuelta en un papel, se dirigió al citado Bar Mary, dónde aún seguía Santos tomando una consumición frente a la barra. Al verla entrar el dueño del Bar, Cayetano, se puso delante de ella y le dijo '¿a dónde vas?', contestándole la acusada 'aparta Cayetano, que no pasa nada sólo quiero hablar con él', en clara referencia a Santos, y tras darle por detrás una palmada en el hombro, le inquirió '¿te acuerdas de mí?', contestándole aquél 'con usted no tengo nada que hablar', y diciéndole Marí Jose, 'pues para que no me olvides' abriendo acto seguido la botella y comenzando a rociarlo con la gasolina por encima de la cabeza, volviéndose aquél hacia ella dándole un empujón, lo que hizo retroceder a la acusada, que continuaba echándole gasolina por todo el cuerpo, hasta que se le cayó la botella, prendiendo fuego con una cerilla —caja pequeña escondida en la mano—, que arrojó al suelo y produjo la combustión, comenzando Santos a arder como una antorcha de pies a cabeza.

pronunciado por la compatibilidad de la alevosía con la eximente completa de enajenación mental, por lo que con mayor razón se producirá esa compatibilidad cuando lo que concurre es una eximente incompleta. [...] Esta jurisprudencia ha sido atendida en la Sentencia de instancia y acorde con esa doctrina aprecia correctamente la concurrencia de la eximente incompleta de trastorno mental con la agravante de alevosía, por lo que el motivo debe ser desestimado».

En esta sentencia además se hace mención al importante acuerdo adoptado en el Pleno no jurisprudencial de la Sala Segunda del Tribunal Supremo celebrado el día 26 de mayo del 2000, en el que se adoptó el criterio de la compatibilidad de la alevosía con una culpabilidad anulada (o disminuida): «Segundo Asunto: Compatibilidad de la agravante de alevosía con la eximente completa de enajenación mental del art. 20.1 del CP: ‘En los supuestos de aplicación de la medida de internamiento prevenido para los inimputables en el art.101.1 del CP el límite temporal de la medida viene establecido por la tipificación del hecho como si el sujeto fuese responsable, por lo que en los supuestos de alevosía el hecho ha de calificarse como de asesinato’».

Este criterio del pleno, seguido desde su adopción por la jurisprudencia del Supremo⁴⁷⁸, es conforme a la solución aquí propuesta. En definitiva, con esta solución

⁴⁷⁸ La misma STS 2969/2010 de 10 de junio indica que este acuerdo «ha sido seguido por las posteriores sentencias; así, en la 494/2000, de 29 de junio, se plantea la compatibilidad de la concurrencia de la circunstancia agravante de alevosía, calificadora del asesinato, con la carencia de los soportes mentales en el procesado que declara la Sentencia recurrida en su relato histórico. Se dice que la jurisprudencia de esta Sala, ha declarado la compatibilidad de la agravante con la perturbación anímica —Sentencia 1222/1995, de 24 noviembre—, con la eximente incompleta de enajenación mental —Sentencias de 11 junio 1991, 1428/1994, de 1 julio y 1061/1996, de 17 diciembre— y con la semieximente de trastorno mental transitorio —Sentencias de 24 enero 1992 y 1689/1994, de 3 octubre—. También con el arrebató —Sentencias 400/1993, de 20 febrero y 210/1996, de 11 marzo—, con la violenta emoción —Sentencia de 15 abril 1991— y, en general, con los estados pasionales —Sentencia 682/1995, de 23 mayo— e incluso con la propia drogadicción —Sentencia 437/1995, de 22 marzo—. Igualmente son conformes al acuerdo las siguientes sentencias: STS 3250/2010 de 4 de mayo: «En relación a las agravantes de alevosía y ensañamiento, tanto en relación al delito de asesinato, como en general con otros delitos con los que sean admisibles, y para los casos en los que al sujeto se le aprecie una *eximente completa* de enajenación mental, hoy anomalía psíquica, hay que decir que tal compatibilidad está reconocida por la doctrina de esta Sala. Dicho de otra manera, nada obsta a la aplicación de la eximente completa de anomalía psíquica el que al analizar el hecho cometido se acredite la concurrencia de una u otra circunstancias de agravación dichas. En tal sentido, basta con la cita del Pleno no Jurisdiccional de 26 de Mayo del 2000, según el cual: ‘...En los supuestos de aplicación de la medida de internamiento prevenida para los inimputables en el art. 101.1 del Cpenal, el límite temporal de la medida viene establecido por la tipificación del hecho como si el sujeto fuese responsable, por lo que en los supuestos de alevosía el hecho ha de calificarse como de asesinato....’»; STS 3958/2010 de 14 de julio: «Como señalábamos en nuestra STS de 2 de junio de 2000, el ánimo homicida es compatible con el trastorno psíquico apreciado como incompleto pues, de aceptarse su planteamiento se llegaría al absurdo de convertir en inaplicable los apartados 1, 2 y 3 del art. 20 y el primero y segundo del art. 21 del C. Penal a las conductas contra la vida ajena desarrolladas por

se pretende no sólo respetar el principio de *legalidad* no recurriendo a un ánimo especial *extralegal* caracterizado moralmente, sino igualmente no infringir el principio de *culpabilidad* permitiendo aminorar o incluso anular la especial reprochabilidad inherente al comportamiento alevoso siempre que en el caso concreto se presente algún tipo de causa de *exculpación*.

afectados mentales al considerar a éstos incapaces de querer y obrar para matar. El hecho de que la Sala sentenciadora haya llegado correctamente a la conclusión de que, en el momento de cometer los hechos, el acusado tenía afectadas sus facultades mentales hasta el punto de permitir la apreciación de una eximente incompleta no excluye la presencia del propósito de matar que se había formado en su interior por la confluencia de todas las circunstancias antecedentes y concomitantes a la acción de apuñalar. Dicha intención se exteriorizó de forma clara y rotunda en el desarrollo de la acción agresiva y sus diversas secuencias cuya gráfica descripción aparece plasmada en el ‘factum’ de la combatida. En la misma línea, y en relación con la alevosía, que es una circunstancia eminentemente dolosa, la STS de 29 de junio de 2.000 afirma la compatibilidad con la eximente completa del art. 20.1 C.P., al margen de los efectos de ésta sobre la capacidad de culpabilidad del agente»; STS 7153/2010 de 2 de noviembre: «El recurrente considera que incurre en consciente desprecio por la vida de los demás, a los que, sin embargo, ve como sus enemigos y atacantes, pero considera que se encuentra amparado por una creencia de encontrarse bajo una especie de causa de justificación, en virtud de su delirio persecutorio a que le lleva su enfermedad. De adoptarse el criterio de la Audiencia otras situaciones similares, no podrían calificarse como delitos de homicidio o de asesinato, como por ejemplo, situaciones en las que un sujeto se hubiera *liado* a tiros o a cuchilladas con la que gente que se encontrara frente a él, en la calle, porque no habría dolo de muerte o de aprovechamiento de una situación de ventaja. Es por ello que la inimputabilidad, lo que elimina es el conocimiento de su antijuridicidad, de forma que el sujeto ha de ser juzgado como si fuera responsable de tales hechos, para después, una vez calificado el hecho, eximir de responsabilidad criminal y aplicar la correspondiente medida de seguridad. A esta misma conclusión llegó esta Sala Casacional en su Acuerdo Plenario de 26 de mayo de 2000, conforme al cual, y tratando de la compatibilidad de la agravante de alevosía con la eximente completa de enajenación mental del art. 20.1 del Código penal, se tomó el siguiente Acuerdo: ‘*En los supuestos de aplicación de la medida de internamiento prevenido para los inimputables en el art. 101.1 del CP el límite temporal de la medida viene establecido por la tipificación del hecho como si el sujeto fuese responsable, por lo que en los supuestos de alevosía el hecho ha de calificarse como de asesinato*’». Por último otras sentencias interesantes son: STS 7290/2011 de 2 de noviembre (la alevosía es compatible con eximente incompleta de enajenación o trastorno mental transitorio siempre que se conserve conciencia y lucidez del modo de agresión empleado); STS 9143/2011 de 28 de diciembre (considera compatible la alevosía con la eximente incompleta del 20.1 de anomalía o alteración psíquica); STS 1954/2012 de 1 de febrero (el TSJ de Castilla y León no consideró compatible alevosía con eximente incompleta del 20.1 de alteración psíquica, pero el Tribunal Supremo conforme al acuerdo del pleno de 26 de mayo del 2000 admite la compatibilidad); STS 643/2014 de 22 de enero (compatible la alevosía con eximente incompleta de enajenación mental siempre que no se impida el dolo específico de la alevosía: conocimiento y voluntad de asegurar el resultado y excluir el riesgo de la defensa); STS 1257/2015 de 17 de marzo (compatible alevosía con eximente incompleta de enajenación mental). Sin embargo, véase la STS 4533/2014 de 5 de noviembre donde el Tribunal Supremo mantiene el fallo de la Audiencia provincial de Barcelona que declaraba la absolución de un delito de asesinato alevoso con agravante de parentesco y de una tentativa de homicidio debido a la concurrencia de la eximente completa de anomalía o alteración psíquica. La jurisprudencia italiana también considera compatible la agravante de la defensa disminuida [*difesa minorata*] (artículo 61.5 Código penal italiano) con la enajenación mental parcial. Véase ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, ob. cit., pág. 450: «La jurisprudencia ha estimado que ella [la defensa disminuida] sea compatible con la enajenación parcial de la mente [*La giurisprudenza ha ritenuto che essa sia compatibile col vizio parziale di mente*]».

2.3 c) El error en la alevosía

Dos artículos del Código penal sirven de referente para resolver los problemas del error en la alevosía; el artículo 14.2 y el artículo 65. El primero alude *directamente* al error sobre una circunstancia cualificante o sobre una circunstancia agravante⁴⁷⁹. A la alevosía, que cuenta con la doble naturaleza de circunstancia cualificante —del homicidio en asesinato del 139 y de las lesiones básicas del 147.1 en lesiones cualificadas del 148.2—⁴⁸⁰ y de circunstancia agravante —de la responsabilidad criminal del 22.1—, le resulta aplicable en ambos casos la regulación del 14.2, que prescribe que el error sobre la circunstancia cualificante o agravante impide su apreciación. El segundo artículo, el 65, en su apartado segundo se refiere también al error pero en este caso *indirectamente*, al exigir el conocimiento (falta de error) de las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla⁴⁸¹. Al mencionar este artículo las circunstancias agravantes, pero sin referirse a las circunstancias cualificantes, resulta aplicable a la alevosía en cuanto que agravante del 22.1 consistente en el empleo de medios, pero no como cualificante del homicidio en asesinato del 139 y de las lesiones básicas en las lesiones cualificadas del 148.2⁴⁸².

⁴⁷⁹ Artículo 14.2.: «El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación».

⁴⁸⁰ La justificación de por qué la alevosía es una circunstancia cualificante del homicidio y las lesiones básicas, y correspondientemente el asesinato y las lesiones del 148 son delitos cualificados, se ofrecerá al analizar ambos delitos en el capítulo siguiente dedicado al ámbito de aplicación de la circunstancia.

⁴⁸¹ Artículo 65.2.: «Las [circunstancias agravantes o atenuantes] que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito».

⁴⁸² De esta opinión GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Recensión a CEREZO MIR, José: Curso de Derecho penal, Parte General, vol. III, Teoría jurídica del delito/2, Tecnos, Madrid 2001», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª Época, Núm. 13, 2004, págs. 441 y s.: «Tampoco puede convencer la tesis mantenida por Cerezo de que el art. 65 —cuando el tipo agravado se ha formado con la adición de una agravante genérica— se aplica asimismo a los delitos especiales [...] Esta tesis podría haber tenido una cierta justificación cuando en el Código Penal sólo existía un precepto que regulaba el error sobre las circunstancias agravantes (el art. 60 CP 1973 que se corresponde con el vigente art. 65 CP 1995), sin que existiera ninguna disposición que se ocupara del error sobre el tipo [art. 6 bis a) CP 1973, introducido en la reforma de 1983, art. 14 CP 1995], donde se establece expresamente cuál es la consecuencia jurídica en el caso de que el sujeto activo (autor o partícipe) se equivoca ‘sobre un hecho que cualific[a] la infracción’. Por ello, ahora no tiene sentido aplicar analógicamente el art. 65 a los delitos especiales, siendo así que existe ya un precepto específico que contempla el error sobre un hecho —como la condición de funcionario en la falsedad en documento público— que cualifica la infracción [...] [únicamente los corchetes con puntos suspensivos son míos, los demás pertenecen al autor]». También MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pág. 616: «Estas reglas previstas por el art. 65 se refieren sólo a las circunstancias atenuante o agravantes en sentido estricto (arts. 21 a 23 CP), por lo que *no son aplicables directamente a los ‘elementos accidentales’ previstos en la Parte Especial*».

Las consecuencias que pueden extraerse de la presentación de ambos artículos son las siguientes. En primer lugar, que la mera existencia del artículo 14.2 impide la apreciación de la alevosía cuando concurre un error sobre su concurrencia, y tanto cuando sea agravante o se establezca como elemento cualificante. En segundo lugar, que en virtud de lo anterior el artículo 65 podría aparecer respecto a las circunstancias agravantes, y en concreto en relación con la alevosía, como *redundante*, *de aplicación más restringida* o incluso *contradictoria* con el artículo 14.2. *Redundante* porque al exigir para su apreciación el conocimiento de las circunstancias agravantes que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, vuelve a decir respecto de estas circunstancias lo que ya decía el 14.2, es decir, que sin conocimiento (con error) no cabe su apreciación. *De aplicación más restringida*, porque el artículo 14.2 se refiere no de manera exclusiva a circunstancias agravantes que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, sino a todas las agravantes, pero además también a las circunstancias cualificantes. Y de aplicación incluso *contradictoria*, porque el artículo 65.2 al exigir conocimiento sólo de las circunstancias agravantes que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, podría hacer pensar que el resto que no consistan en esto sino en una causa personal, es decir, las circunstancias agravantes del 65.1⁴⁸³, no necesitan tal conocimiento, lo que estaría en contradicción con el artículo 14.2 que exige conocimiento (falta de error) para la apreciación de todas las agravantes. Sin embargo, todas estas dificultades planteadas al artículo 14.2 por el artículo 65 se diluyen cuando se comprende que este último artículo no pretende regular —de manera *redundante*, *restringida* e incluso *contradictoria*— el problema del error, cuanto el problema de la comunicabilidad de las circunstancias en la codelincuencia⁴⁸⁴. Porque, en

Parcialmente de acuerdo MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 482: «Por lo que respecta a las circunstancias agravatorias específicas establecidas en algunos tipos penales (por ejemplo, las señaladas en el art. 235 para el delito de hurto), deberá determinarse si su previsión determina la constitución de un marco penal autónomo respecto al delito sin circunstancias. En caso afirmativo, tales circunstancias quedan sustraídas al régimen del art. 65 y también del art. 66,1, en virtud de los cual, por ejemplo, si concurren junto a una atenuante genérica, no podrán ‘compensarse’ en el sentido de la regla 7ª de este último precepto». En contra DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «La alevosía en el Código penal de 1995», ob. cit., pág. 278 «[...] a la vista de la nueva regulación del título primero del libro II del Código penal, es innegable que el legislador penal de 1995 ha querido someter las circunstancias del homicidio agravado (art. 139) al régimen general que, sobre comunicabilidad y error, se aplican a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal».

⁴⁸³ Artículo 65.1.: «Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren».

⁴⁸⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit. pág. 281: «En realidad, este precepto [artículo 65] se refiere al problema de la comunicabilidad de circunstancias entre codelincentes (si

definitiva, el artículo 65 no pretende ser redundante repitiendo que las agravantes requieren conocimiento, ni restrictivo ni contradictorio limitando ese conocimiento sólo a las que consisten en la ejecución material del hecho o en los medios empleados, puesto que por el artículo 14.2 ya sabemos que el resto de las circunstancias agravantes también deben ser conocidas para su apreciación. Pretende en cambio establecer que con relación a las agravantes que consisten en la ejecución material del hecho o en los medios empleados, bastará el conocimiento para que sean comunicables —podrán ser aplicadas al copartícipe que conozca de ellas—, mientras que respecto a las agravantes consistentes en una causa personal, que también requieren conocimiento conforme al 14.2, no será suficiente el conocimiento para su comunicabilidad, sino que además será necesario que concurran en aquellos en quienes se van a aplicar —podrán ser aplicadas sólo al copartícipe que las conozca y en el que además concurran—⁴⁸⁵. Por este motivo,

concurran varios sujetos en un delito, ¿a quiénes son extensibles —comunicables— las circunstancias modificativas?»).

⁴⁸⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Concurso de leyes, error y participación en el delito (A propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Peñaranda)», en *Ensayos penales*, Edit.: Tecnos, Madrid, 1999, pág. 401: «Del texto del artículo 14.2: ‘El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación’ deriva, *a contrario* y en principio, que el conocimiento del hecho que cualifica la infracción o de una circunstancia agravante (genérica) impone la apreciación de aquél o de ésta. Pero para las agravantes genéricas —y sólo para ellas— existe un régimen especial, en el sentido de que su entrada en juego con el mero conocimiento sólo es posible cuando se trata de circunstancias estrictamente objetivas (art. 65.2), introduciéndose una *excepción* para aquellas ‘que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal’ (art. 65.1), cuya apreciación exige, en primer lugar y como para las del 65.3, su conocimiento, y, en segundo lugar y además, que ‘concurran’ *subjetivamente* en el autor o partícipe. Pero, como ya he indicado en *supra* IV, cuando una agravante genérica de carácter subjetivo (por ejemplo, el precio del art. 22.3.^a) pasa a convertirse en un ‘hecho que cualifica la infracción’ (por ejemplo, en el asesinato del art. 139.2.^a), entonces su conocimiento se rige por el artículo 14.2 —y no por el 65.1—: entre otras razones, porque si al integrarse una agravante genérica subjetiva en un tipo penal, como elemento de agravación, deja de ser aplicable, *in totum* y como está fuera de discusión, el artículo 66 (que establece reglas para, exclusivamente, las agravantes genéricas), entonces no es posible mantener, inconsecuentemente, la supervivencia parcial del 65.1 (que también contiene reglas sobre, exclusivamente, las agravantes genéricas». MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pág. 281: «Tratándose de circunstancias *objetivas*, el art. 65, 2 las extiende a todos los que las conocen, mientras que respecto a las *personales* restringe su apreciación a los sujetos en quienes concurren. Ello podía servir, antes de que en 1983 se introdujera el art. 6 bis a) (antecedente del actual art. 14), para afirmar la necesidad de conocimiento de las circunstancias objetivas y su no estimación en caso de desconocerse. No era lícito, en cambio, deducir que no fuera necesario conocer las circunstancias personales, puesto que el art. 65, 2 (como el anterior art. 60) sólo dice que tales circunstancias se aplicarán (únicamente) ‘en quienes concurran’, pero no niega que para que concurran en ellos deban conocerlas». CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, ob. cit., págs. 443 y s.: «En el apartado 1º del artículo 65 no se exige el conocimiento de las circunstancias agravantes o atenuantes ‘que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa persona’, sino que se declara únicamente que ‘servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos en quienes concurran’. No se excluye, sin embargo, que se exija su conocimiento para su aplicación, al menos cuando se trate de circunstancias agravantes o atenuantes que supongan una mayor o menor gravedad de lo injusto. El conocimiento de las circunstancias agravantes, sean o no de carácter personal, es obligado para su aplicación, de acuerdo con

incluso en el caso de que se considerase a la alevosía como circunstancia agravante del 65.1 consistente en una causa personal y no como agravante del 65.2 relativa a la ejecución material del hecho o los medios empleados —cosa harto difícil dado que el texto del artículo 22.1 la define a partir de los medios empleados en la ejecución⁴⁸⁶—, su falta de conocimiento (error) seguiría determinando, conforme al artículo 14.2, su inaplicación.

Una vez establecido el motivo general de que el error sobre la circunstancia de alevosía impide su apreciación, surge la cuestión de cuál sea el problema *específico* que se pretende resolver en el error. En realidad el error no representa sino la contrapartida del conocimiento. De ahí que si tiene sentido plantear la cuestión del error cuando antes nos hemos ocupado del asunto del conocimiento, sea porque ahora se trata de establecer *concretamente* el grado de conocimiento que el autor debe poseer, es decir, *en qué medida* se le exige que conozca los elementos del tipo, de modo que si los desconoce en *ese grado* haya error. Así, mientras en el conocimiento el problema se resume en la pregunta «¿qué se debe conocer?», en el error la cuestión sería «¿en qué grado se debe conocer eso que se conoce?»⁴⁸⁷.

Con objeto de determinar el grado necesario de conocimiento del autor, los tratadistas que se han ocupado de la alevosía han recurrido a la distinción entre *error esencial* y *error accidental*⁴⁸⁸. A diferencia del *error esencial*, donde el autor desconoce un elemento que necesitaba conocerse para actuar alevosamente, el *error accidental*

la regulación del error sobre las circunstancias agravantes comunes, en el apartado 2.º del artículo 14».

⁴⁸⁶ Como circunstancia material (u objetiva) consideran a la alevosía MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte especial*, ob. cit., pág. 56: «[...] cuando funcionan como agravantes genéricas las circunstancias de alevosía y ensañamiento son circunstancias materiales, que sólo pueden computarse a los que las conozcan en el momento de la acción o de su cooperación al delito; mientras que la de actuar por precio, recompensa o promesa sería una circunstancia personal, que sólo puede apreciarse en el autor». E igualmente MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pág. 633.

⁴⁸⁷ ROXIN, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen · Der Aufbau der Verbrechenslehre*, ob. cit., pág. 497: «Siempre que, por lo tanto, conceptualizamos el ‘conocimiento’ de los elementos del tipo como percepción de sus elementos descriptivos y comprensión de sus elementos normativos, se eleva la siguiente pregunta, con qué claridad ha tenido que presentarse en el momento de la acción del hecho estos elementos ante los ojos corporales y espirituales del autor, para que uno pueda hablar de conocimiento y con ello de una acción dolosa [Wenn wir demnach das ‘Kennen’ der Merkmale des Tatbestandes als Wahrnehmung seiner deskriptiven und Verstehen seiner normativen Elementen begreifen, erhebt sich die weitere Frage, wie deutlich dem Täter diese Merkmale bei der Tathandlung vor seinem körperlichen oder geistigen Auge gestanden haben müssen, damit man von einem ‘Kennen’ und damit von vorsätzlichem Handeln sprechen kann]». Para mostrar lo dicho arriba baste el siguiente ejemplo: en el delito de asesinato el autor debe conocer el elemento típico de que «mata a hombre», pero en el error se trataría de determinar hasta qué punto debe conocer que «mata a hombre», es decir, por ejemplo ¿debe conocer que se mata a éste concreto o basta querer matar a uno en general?

consiste en un desconocimiento sobre un elemento que no era necesario conocer, dado que la conducta alevosa podía perfectamente realizarse sin necesidad de contar con ese grado de conocimiento. Esta distinción entre *error esencial* —es decir, relevante— y *accidental* —irrelevante— ha sido tematizada por la doctrina acudiendo a distintos *topoi* sobre el error. Es habitual así referirse al error en el golpe (*aberratio ictus*), al error sobre el objeto (*error in objecto vel persona*) y al error sobre el curso causal (*aberratio causae*). En cada uno de estos tipos de error la cuestión que debe resolverse radica en averiguar si la producción del error correspondiente afecta a la posibilidad de que concurra tanto objetiva como subjetivamente la circunstancia agravante.

El primero de los tipos de error mencionados, el llamado error en el golpe (*aberratio ictus*), tiene lugar en los casos en que, dirigiéndose el autor a alcanzar un objeto determinado, ocurre que su ataque se desvía encontrando en su lugar un objeto diferente del esperado⁴⁸⁹. Los autores que se han ocupado de la alevosía consideran casi

⁴⁸⁸ CAMARGO HERNÁNDEZ, César, *La alevosía*, ob. cit., págs. 50 y s.: «Al ser requisito indispensable el conocimiento de los elementos de esta agravante, cualquier error sobre los mismos tendrá el carácter de esencial, y por lo tanto eliminará toda posibilidad de su apreciación [...] Los casos de error en la persona o en el golpe (*error in persona* y *aberratio ictus*), por tratarse de un error accidental, son inoperantes para la apreciación de la alevosía». ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., págs. 155 y s.: «[...] en orden al error en la persona o en el golpe (*error in persona* y *aberratio ictus*) no tienen eficacia alguna en la apreciación de esta circunstancia desde el momento que se trata de errores meramente accidentales [...] A distinta solución se llega, en los casos en que el error, recae sobre cualquiera de los elementos de la agravante, pues, como consecuencia de la posición mantenida en orden al elemento subjetivo, tal error será esencial y por tanto impedirá la apreciación de la agravante [...]». MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 74: «[...] de esencial ha de calificarse, sin duda, cualquier error afectante a los elementos de la agravante. Distinta es, lógicamente, la solución para el error en la persona o en el golpe (*error in persona* y *aberratio ictus*) que recae sobre aspectos accidentales y que es inoperante a efectos de la apreciación de la alevosía [...]». Sin embargo no debe confundirse la diferenciación empleada por estos autores entre *error esencial* y *error accidental*, que pretende distinguir los errores relevantes (*esenciales*) de los que no lo son (*accidentales*) para apreciar la circunstancia, con otra diferenciación, utilizada por ejemplo por MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., págs. 279 y ss., entre *error sobre elementos esenciales* y *error sobre elementos accidentales*, que distinguen errores que recaen sobre elementos esenciales del delito, pues de ellos depende que el delito sea, y errores que recaen sobre elementos accidentales, de los que no depende el ser del delito, sino su gravedad o cantidad.

⁴⁸⁹ SCHREIBER, Hans-Ludwig, «Grundfälle zu „error in objecto“ und „aberratio ictus“ im Strafrecht», en *Juristische Schulung (JuS)*, Año 25, 1985, pág. 874: «Con el concepto de *aberratio ictus* (error sobre un hecho doloso) se caracteriza una constelación de casos, en la cual el autor dirige su ataque a un objeto determinado por él individualizado, sin embargo este ataque yerra y se alcanza a través de él otro objeto, que el autor en absoluto querría dañar [Mit dem Begriff der *aberratio ictus* (Fehlgehen einer vorsätzlichen Tat) bezeichnet man eine Fallkonstellation, in der der Täter seinen Angriff auf ein bestimmtes, vom ihm individualisiertes Objekt lenkt, dieser Angriff jedoch fehlgeht und durch ihn ein anderes Objekt getroffen wird, das der Täter gar nicht verletzen wollte]». MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pág. 285: «*Aberratio ictus* (o desviación del golpe). Se diferencia del error *in objecto* en que no supone la confusión de un objeto por otro, sino sólo que se yerra la dirección del ataque». MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 277: «Error en el golpe (*aberratio ictus*). Se da sobre todo en los delitos contra la vida y la

unánimemente⁴⁹⁰ que el error en el golpe es de tipo accidental, es decir, carece de relevancia a la hora de apreciar la alevosía, y para justificarlo recurren a dos argumentos diferentes. Primero, porque el Código en el 22.1 en definitiva protege la vida e integridad física de la persona *en abstracto* con independencia de quién sea la persona *en concreto* alcanzada⁴⁹¹ y, en segundo lugar, porque la alevosía consiste en una mera modalidad de comisión que no exige asegurar el resultado (o el golpe), de ahí que sea indiferente quien sea al final la persona sobre la que recaiga el golpe⁴⁹². Pese a la

integridad física. El autor por su mala puntería alcanza a B, cuando quería matar a C». CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, ob. cit., pág. 451: «En los supuestos de desviación en el golpe (*aberratio ictus*) el sujeto dirige realmente la acción contra el objeto o la persona que quiere alcanzar, pero recae sobre otro objeto u otra persona distinta. A quiere dar muerte a B y dispara contra él, pero mata a C que se hallaba próximo a B o mata al caballo de B que estaba junto a su dueño». SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «“*Aberratio ictus*” e imputación objetiva», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo 37, Núm. 2, 1984, pág. 347: «Con la expresión *aberratio ictus* se designan usualmente una serie de casos, de relativa frecuencia en algunos delitos de resultado, en los que el sujeto dirige efectivamente su conducta contra un determinado objeto, pero no consigue lesionarlo, produciéndose el efecto lesivo en otro objeto. El ejemplo estándar reza así: A quiere matar a su enemigo B y contra él apunta su arma, pero, sea que apunta mal, sea que el aparato de puntería del arma es defectuoso, etc., el caso es que no es B quien resulta muerto sino C, que se hallaba en las proximidades (o bien, en otra variante, el perro que acompañaba a B). El yerro se produce, pues, en la *ejecución*». GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, «La realización del peligro en el resultado y la imputación al dolo en las desviaciones causales», en Enrique GIMBERNAT / Bernd SCHÜNEMANN / Jürgen WOLTER (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal: Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal en homenaje al Profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor “Honoris Causa” por la Universidad Complutense de Madrid*, Edit.: Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho de la U.C.M., Madrid, 1994, pág. 99: «[...] casos de *aberratio ictus*, en los que la desviación causal provoca un cambio de objeto material».

⁴⁹⁰ Sin embargo QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, I Infracciones contra la persona en su realidad física*, ob. cit., pág. 248: «Se suele afirmar como algo indubitado que no es trascendente para la culpabilidad del asesinato *el error in persona* ni aun el *aberratio ictus* [...] Esto es verdad, pero no en absoluto, requiriéndose que a la muerte no querida haya acompañado la situación modal característica del asesinato; así, por ejemplo, que la víctima efectiva estuviere igualmente indefensa, si fue la alevosía la que determinó la calificación, o que se llevase a efecto por veneno, incendio o explosivo. En cambio, el error personal debiera resultar relevante en ausencia de tales condiciones circunstanciales, por ejemplo, en las de premeditación o de alevosía por acecho, pues el autor no se representó la muerte premeditada o alevosa del que resultó su víctima, sino la de otra persona».

⁴⁹¹ CAMARGO HERNÁNDEZ, César, *La alevosía*, ob. cit., pág. 51: «Pues el que mata o hiere a una persona a traición y sobre seguro realiza el hecho alevosamente y por lo tanto es indiferente que el sujeto pasivo sea otro distinto del que el autor creía, o que queriendo hacer el daño a una persona, por la mala ejecución, se lo cause a otra; pues como dice CUELLO CALÓN, la Ley penal protege al hombre en general y no a uno determinado». MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 74: «Distinta es, lógicamente, la solución para el error en la persona o en el golpe (*error in persona* y *aberratio ictus*) que recae sobre aspectos accidentales y que es inoperante a efectos de la apreciación de la alevosía, pues la Ley determina de un modo generalizado, no individualizado, el objeto de protección, que aquí es la vida y la integridad del hombre, sea éste quien sea».

⁴⁹² ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 155: «Lo que importa, para la concreta aplicación de la agravante de alevosía, es que el culpable haya excogitado los medios idóneos o se haya aprovechado conscientemente de los existentes, aunque luego se equivoque de sujeto pasivo o que agrede a persona distinta de la querida por la mala ejecución del hecho». SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 910: «Algunos supuestos de error no se pueden dar en la alevosía, al tener ésta una estructura de tipo de resultado cortado, como vimos al estudiar la consumación, puesto que, por

opinión doctrinal mayoritaria, debe advertirse, sin embargo, que en ocasiones es justamente en razón del objeto que puede decidirse si un ataque ha sido o no alevoso. Esto ocurre en los casos de *aberratio ictus* en que el objeto pretendido y el alcanzado tienen típicamente *distinto valor*. Así, por ejemplo, en el caso de que un cazador emboscado dispare contra una pieza a la que pretende sorprender y termine alcanzando, a causa de la desviación del golpe, a otro cazador que desprevenido se encontraba en los alrededores, ocurre que la diferencia entre el objeto alcanzado y el esperado es relevante, porque la alevosía no puede construirse desde la perspectiva subjetiva sin que el autor haya conocido que ejecutaba un delito contra las personas. Pero el error en el golpe puede también ser relevante en aquellos otros casos en que el objeto perseguido y el alcanzado poseen *idéntico valor* desde la perspectiva típica, por tener la consideración de personas, porque frecuentemente lo que determina el carácter alevoso de un ataque depende de las circunstancias de la víctima concreta a la que va dirigido⁴⁹³; habitualmente un ataque no es en sí mismo alevoso sino sólo en atención a la particular circunstancia de la víctima. Imaginemos el supuesto de quien entrando en el comedor de un restaurante dispara contra una mesa con la finalidad de alcanzar a un comensal que se encuentra frente a él y el cual, cuando comienza el ataque, tiene tiempo incluso de protegerse tras la mesa y sacar a su vez su arma, pero resulta, sin embargo, que el disparo termina matando, a causa de la mala puntería del autor, a otro comensal que, por encontrarse de espaldas a quien disparó, no ha tenido posibilidad alguna de ejercitar ninguna medida de defensa. También en este caso la diferencia entre el objeto alcanzado y el esperado resulta relevante, porque el autor no ha conocido que mataba alevosamente, a pesar de que su comportamiento impidiera objetivamente la defensa de la víctima finalmente muerta.

así decir, la estructura deja de ser de resultado para convertirse en mera actividad. Carece de sentido hablar de *aberratio causae* en sentido estricto y de *aberratio ictus*».

⁴⁹³ ROXIN, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen · Der Aufbau der Verbrechenslehre*, ob. cit., pág. 516: «La aberratio ictus es en todo caso relevante de manera indiscutida cuando el objeto pretendido y el alcanzado no son típicamente del mismo valor [...] Lo correspondiente vale también cuando los objetos bien es cierto son entre sí equivalentes, pero frente al pretendido existe una causa de justificación que no existe con relación al alcanzado [*Die aberratio ictus ist unbestrittenermaßen jedenfalls dann beachtlich, wenn das angezielte und das getroffene Objekt tatbestandlich nicht gleichwertig sind [...] Entsprechendes gilt auch dann, wenn die Objekte einander zwar tatbestandlich gleichstehen, gegenüber dem angezielten aber ein Rechtfertigungsgrund vorliegt, der im Hinblick auf das getroffene nicht besteht*]». Lo expuesto aquí por ROXIN respecto de las causas de justificación se puede trasplantar a la alevosía, cuando siendo los objetos equivalentes, frente a uno puede construirse una comisión alevosa, que resulta imposible frente al otro.

En definitiva, para solucionar los casos de *aberratio ictus* en lo tocante a la apreciación o no de la alevosía, lo relevante será comprobar si entre los dos objetos —el esperado no alcanzado y el alcanzado no esperado— existen diferencias a la hora de que pueda concurrir la circunstancia de alevosía. De este modo pueden darse de manera general dos situaciones. Primera, que respecto al objeto esperado era posible la concurrencia de alevosía, pero no así respecto del alcanzado, lo que permitirá a pesar del error en el golpe apreciar la alevosía respecto al delito intentado en concurso ideal⁴⁹⁴, en caso de ser posible, con un delito consumado⁴⁹⁵. Ejemplos serían el que intenta matar a un hombre alevosamente, pero alcanza al perro con quien paseaba (tentativa de asesinato alevoso) y el de quien, invirtiendo nuestro ejemplo anterior, pretende disparar a un comensal que, de espaldas, está desprevenido, y acaba matando a otro que armado pudo hacer frente al ataque (tentativa de asesinato alevoso en concurso ideal con un homicidio consumado). Y segunda situación, que no fuera posible la concurrencia de alevosía con relación al objeto esperado, y en cambio sí lo fuera respecto al alcanzado, en cuyo caso el error en el golpe del autor resulta relevante y determina la no apreciación de la circunstancia. Ejemplos son los dos anteriormente mencionados del cazador que emboscado intenta cazar por sorpresa una pieza y acaba matando a un hombre desprevenido (en caso de concurrir homicidio doloso-eventual o imprudente no se apreciará alevosía), y el de los dos comensales, en el que dirigiéndose el autor a matar al que está prevenido y se encuentra frente a él, mata al que, de espaldas, se encuentra desprevenido (tentativa de homicidio en concurso ideal con homicidio doloso-eventual o imprudente consumado ambos sin alevosía).

En segundo lugar, en cuanto al error sobre el objeto (*error in objeto vel persona*)⁴⁹⁶ se produce cuando, sin error en la dirección del ataque (o el golpe), el autor

⁴⁹⁴ El concurso real no sería posible porque exige que el autor haya cometido dos o más acciones; aquí sólo hay una que alcanza debido al error en el golpe un objetivo distinto del previsto. Tampoco existe concurso de leyes porque, aun cuando el hecho del autor pudiera dar lugar a dos delitos, la aplicación de uno solo de ellos no agotaría completamente el desvalor cometido por el autor; si castigamos sólo por la tentativa alevosa queda fuera la consumación no alevosa, y si únicamente castigamos por la consumación no alevosa olvidamos la tentativa alevosa. Como única solución viable queda el concurso ideal en tanto que ninguno de los dos delitos agota por sí solo completamente el desvalor cometido.

⁴⁹⁵ El delito consumado podría cometerse por el autor doloso-eventual o imprudentemente, en función de si, pese a no dirigir su ataque frente al objeto alcanzado, conoció de la concreta posibilidad de alcanzarlo y aun así actuó (dolo eventual), o desconoció esta concreta posibilidad (imprudencia).

⁴⁹⁶ Para referirse a este error se emplean diferentes denominaciones —en ocasiones se utiliza la expresión «error sobre el objeto», pero en otras «error en la persona»—, lo que puede originar cierta confusión. Con la finalidad de evitarla debe indicarse que la traducción de la expresión latina «*error in objeto vel persona*» se traduce literalmente como «error en el objeto o en la persona». Aunque con la disyunción

alcanza un objeto acerca del que ha confundido su identidad o sus propiedades⁴⁹⁷. También nuestra doctrina mantiene el carácter inesencial respecto de la alevosía de este tipo de error, rechazando su relevancia con los mismos argumentos utilizados en el caso del error en el golpe⁴⁹⁸. Pese a la posición doctrinal, de nuevo la confusión del autor acerca de la identidad o propiedades del objeto que ataca puede también llegar a alcanzar relevancia de cara a la apreciación de la alevosía. En este caso, lo determinante será comprobar si la identidad o propiedades representadas erróneamente eran necesarias para que el autor conociera de su comisión alevosa. Evidentemente si el autor no ha identificado, al creer por error que es cosa o animal, como persona aquello contra lo que dirige el ataque alevoso, la circunstancia no se podrá apreciar, pues ésta exige que se ejecute con conocimiento un delito contra las personas. Pero incluso el error sobre el objeto puede ser relevante cuando el autor identifica correctamente a su víctima como persona, pero yerra acerca de una propiedad determinante para la concurrencia de la indefensión de la víctima. Baste sólo imaginar el caso del autor que ataca a un invidente desconociendo que lo sea, pues en este caso aunque la defensa se impidiera

parece, por tanto, querer diferenciarse —oponiéndolas— a personas frente a objetos, en realidad, debe entenderse a la persona como una especie incluida dentro del género objeto, como un tipo específico de objeto del delito, de modo que, en sentido genérico, parece más acertado utilizar la expresión «error sobre el objeto». Por otra parte, esto es congruente con quienes utilizan la expresión «error en la persona», porque ellos parecen querer referirse únicamente al error en el objeto relativo específicamente a las personas. En este mismo sentido CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, ob. cit., pág. 449: «Una variante del error en el objeto es el error en la persona (*error in personam*)».

⁴⁹⁷ SCHREIBER, Hans-Ludwig, «Grundfälle zu „error in objecto“ und „aberratio ictus“ im Strafrecht», ob. cit., pág. 873: «Siempre que un autor se equivoca sobre la identidad del objeto de la acción o sobre sus propiedades, se habla de un ‘error in objecto vel persona’ (error sobre el objeto de la acción) [*Wenn sich ein Täter über die Identität des Handlungsobjektes oder über dessen Eigenschaften irrt, spricht man von einem ‚error in objecto vel persona‘ (Irrtum über das Handlungsobjekt)*]». MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pág. 283: «Error sobre el objeto. El supuesto más importante lo constituye el *error in persona*: se confunde a la víctima, tomándola por otra persona». CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, ob. cit., pág. 449: «En los supuestos de error en el objeto (*error in objecto*), el objeto material del delito es distinto del que se había representado el autor. Éste confunde un objeto con otro. [...] Un individuo A, por ejemplo, quiere matar a B, pero da muerte a C por confundirlo con B». SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «“Aberratio ictus” e imputación objetiva», ob. cit., págs. 347 y s.: «El núcleo de estos últimos [supuestos de error in objecto] consiste en una incorrecta identificación (confusión en la *identidad* o *características*) del objeto de la acción contra el que el sujeto dirige su conducta y al que efectivamente lesiona. De modo que el error surgiría aquí ya antes del comienzo de la ejecución o, de aparecer durante la misma, no provocaría una desviación de ésta en forma incontrolada por el sujeto. El ejemplo, también clásico, es el siguiente: A, queriendo eliminar a B, le espera apostado en un camino. Al aproximarse alguien, cree reconocerle, de modo que apunta su arma contra él haciendo un blanco perfecto. Pero resulta que es ‘alguien’ no era B, sino el paseante C (o, en otra variante, el padre de A)».

⁴⁹⁸ CAMARGO HERNÁNDEZ, César, *La alevosía*, ob. cit., pág. 51; MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 74; ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 155; SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 910.

objetivamente a causa de la ceguera de la víctima, no se podrá apreciar la circunstancia si el autor pensó, debido a que desconocía esta propiedad de su víctima, que era capaz de defenderse. En los casos inversos, en los que el autor creyó, con base en un conocimiento erróneo de la identidad o propiedades de la víctima, estar cometiendo un ataque alevoso, cuando en realidad no lo era, tampoco podrá apreciarse alevosía. Por ejemplo, quien cree disparar sorpresivamente a una persona, cuando en realidad se trataba de un arbusto con apariencia de persona, no ha eliminado la posibilidad de defensa de nadie por lo que la circunstancia no puede apreciarse⁴⁹⁹. E igualmente, quien ataca de frente, porque piensa que no se podrá defender, a una persona a la que cree invidente, pero sin que efectivamente lo sea, tampoco ha eliminado la posibilidad de defensa de la víctima que pudiera dar lugar a la circunstancia.

En último lugar está el tipo de error sobre el curso causal (*aberratio causae*), en el cual aunque el ataque alcanza el objeto esperado, lo hace a través de un cauce concreto distinto al que el autor se representó⁵⁰⁰. Igualmente la doctrina considera inessential a este error, rechazando atribuirle importancia alguna respecto a la apreciación de alevosía, y justificándolo con la consideración de que una vez empleados los medios, modos o formas concurrirá la circunstancia independientemente de cómo se desarrolle posteriormente el curso causal⁵⁰¹. Sin embargo, también parece que la *aberratio causae* puede alcanzar cierta relevancia, puesto que la manera como se

⁴⁹⁹ Esta solución puede no compartirse cuando se parte de que la tentativa inidónea merece ser penada.

⁵⁰⁰ SCHREIBER, Hans-Ludwig, «Grundfälle zu „error in objecto“ und „aberratio ictus“ im Strafrecht», ob. cit., pág. 874: «La aberratio ictus no es ningún caso incluido en el error sobre el curso causal. Mientras en éste el resultado ocurre respecto de la víctima pretendida por un camino diferente del que quiso y se representó el autor, en la aberratio ictus el resultado ocurre respecto de una víctima completamente diferente de la que quiso el autor. Esta diferencia esencial prohíbe un igual tratamiento del error sobre el curso causal y de la aberratio ictus [Die aberratio ictus ist kein Unterfall des Irrtums über den Kausalverlauf. Während bei diesem der Erfolg auf einem anderen Weg beim anvisierten Opfer eintritt als der Täter es wollte und sich vorstellte, tritt der Erfolg bei der aberratio ictus bei einem ganz anderen Opfer ein als es der Täter wollte. Dieser wesentliche Unterschied verbietet eine Gleichbehandlung des Irrtums über den Kausalverlauf und der aberratio ictus]». MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pág. 284: «Error sobre el proceso causal: se quería causar el resultado pero por otro conducto». GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, «La realización del peligro en el resultado y la imputación al dolo en las desviaciones causales», ob. cit., pág. 94: «El concepto de ‘desviación del curso causal’ en sentido estricto presupone que existe un curso causal de referencia, que no ha acontecido (perspectiva ‘ex post’), pero que estuvo presente en la representación del autor (*Tättervorstellung*) al menos, y respecto al cual se afirma la existencia de una desviación».

⁵⁰¹ SEGRELLES DE ARENAZA, Íñigo, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 910: «Así, aunque el sujeto yerre sobre el curso causal en la acción de aseguramiento consistente, por ejemplo, en suministrar un anestésico a su víctima, habrá alevosía puesto que lo único que el artículo 22.1 C.p. exige es que se empleen los medios que tiendan al aseguramiento, sin entrar en cual sea el curso de los acontecimientos desde que se realiza la acción (‘emplear’)».

alcanza el objeto esperado por el autor no resulta siempre indiferente desde la perspectiva de la alevosía. Así, en primer lugar, la desviación del curso causal en ocasiones hace que lo que se presentaba como un ataque alevoso deje de serlo. Por ejemplo el ataque deja de ser alevoso cuando a pesar de que el autor ha empleado medios para eliminar la defensa de la víctima, entrando en su habitación a hurtadillas mientras ésta duerme, el curso azaroso de las cosas quiere que, afortunadamente, en el momento en que se dispone a ahogarla con una almohada suene el despertador permitiendo así que la víctima se prevenga y pueda ejercitar una defensa, aunque finalmente acabe muerta. E igualmente, en segundo lugar, el curso causal puede determinar que la comisión que el autor se representaba como no alevosa, se convierta objetivamente en alevosa, aunque la falta de representación del autor deba también conducir a negar alevosía. Así, por ejemplo, no ha de considerarse alevoso el caso del autor que armado con un cuchillo ataca de frente a una víctima justo en el momento en que la llamada casual de un tercero provoca que ésta se vuelva sorpresivamente impidiéndola ejercitar una defensa. En conclusión la desviación del curso causal se convierte en relevante jurídicamente para no apreciar la alevosía tanto en el caso donde el autor pretendía un curso causal alevoso que objetivamente, debido a que la víctima pudo ejercitar la defensa, no ocurrió, como en el caso donde objetivamente el curso causal resultó alevoso, pero sin que el autor hubiera pretendido eliminar la defensa de la víctima.

CAPÍTULO 3

El ámbito de aplicación de la alevosía

Si dices: «La utilidad social de la sentencia indeterminada es reconocida por todos los criminólogos como un grado de nuestra evolución sociológica hacia un sistema punitivo más científico y humano», ya puedes seguir hablando en iguales términos durante varias horas, sin un grande gasto de energía o de materia gris. Pero si empiezas así tu discurso: «Que Juan vaya a la cárcel, pero que Pedro señale la fecha en que ha de ser libertado», entonces, con un escalofrío de horror, descubres que no tienes más remedio que pensar⁵⁰².

Gilbert Keith Chesterton

3.1 Introducción: Los delitos contra las personas

El Código penal define la circunstancia de alevosía, como se mencionó en el anterior capítulo, en el artículo 22, donde se recogen distintas circunstancias agravantes denominadas usualmente genéricas⁵⁰³, en cuanto que al no venir previstas en tipos

⁵⁰² *Ortodoxia*, versión castellana de Alfonso REYES, Edit.: Airon, 1930, pág. 212.

⁵⁰³ La distinción entre circunstancias agravantes genéricas, recogidas en la parte general del Código (artículo 21), y circunstancias agravantes especiales, previstas en los tipos concretos de la parte especial, es usada tanto por nuestra doctrina como por la doctrina extranjera. Véase, por ejemplo, PAGLIARO, Antonio, *Principi di Diritto Penale, Parte Generale*, ob. cit., pág.463: «Las circunstancias (sean agravantes o sean atenuantes) pueden ser generales (esto es, previstas en general para todos los delitos: arts. 61 y 62 CP) o especiales (osea, características de un particular tipo de delito, como las circunstancias previstas para el homicidio en los arts. 576 y 577 y las circunstancias previstas para el hurto en los arts. 625 y 626 CP) [*Le circostanze (sia aggravanti sia attenuanti) possono essere comuni (cioè, previste in generale pero tutti i reati: artt. 61 e 62 c.p.) o speciali (ossia, caratteristiche di un particolare tipo di reato, come le circostanze previste per l'omicidio negli artt. 576 e 577 e le circostanze previste per il furto negli artt. 625 e 626 c.p.)*]» y RAMACCI, Fabrizio, *Corso di Diritto penale*, Edit.: G Giappichelli, 3ª edición, Turín, 2005, pág. 398: «Las circunstancias generales, que están previstas por los arts. 61, 62 y 62 bis c.p [italiano] se refieren (en líneas generales) a cualquier delito; las circunstancias especiales, en cambio, están previstas como complementos accesorios a un delito determinado (por ejemplo: la violencia sobre las cosas, para el hurto, art. 625 n. 2 c.p. [italiano]; la premeditación, para el homicidio, art. 577 n. 3 c.p. [italiano] están previstas como circunstancias especiales, cada una para el delito al que complementan accesoriamente) [*Le circostanze comuni, che sono prevedute dagli artt. 61, 62 e 62 bis c.p. sono riferibili (in linea di massima) a qualsiasi reato; le circostanze speciali, invece, sono previste come accessorie ad un determinato reato (ad esempio: la violenza sulle cose, per il furto, art. 625 n. 2 c.p.; la premeditazione, per l'omicidio, art. 577 n. 3 c.p. sono previste come circostanze speciali, ciascuna per il reato cui accede)*]». Sin embargo esta terminología no responde a la propia de nuestro Código penal que sólo habla (así en el artículo 14.2) de circunstancias agravantes (las previstas generalmente en el artículo 22 y en su caso 23) y de hechos que cualifiquen la infracción (los previstos especialmente en los tipos concretos). Para respetar en el mayor grado posible los términos empleados por el Código, aquí se ha distinguido y se distinguirá entre circunstancias agravantes (las del artículo 22 y en su caso 23) y

penales específicos sino en un artículo de la Parte general del Código penal (el recién citado 22), se considera que en principio son aplicables en general a cualquier tipo de la Parte especial. Aunque es cierto que *por su emplazamiento* la alevosía debería considerarse una circunstancia genérica, aplicable en principio a cualquier tipo penal, sin embargo *por su propia definición legal* resulta una circunstancia específica sólo de una determinada clase de delitos, la formada por los delitos contra las personas⁵⁰⁴. Así la definición de la alevosía del artículo 22.1, al prescribir que «[h]ay alevosía cuando el

circunstancias cualificantes (las previstas en los tipos especiales). A pesar de ello, la cuestión no deja de ser polémica. Así MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, ob. cit., págs. 614 y s., a las circunstancias agravantes en sentido estricto (las del artículo 22 y en su caso 23), que, por no prevenirse en tipos concretos de la Parte especial sino en la Parte general, considera elementos accidentales al delito no típicos, opone los elementos típicos accidentales, que a su vez se dividirían en dos grupos: a) los que determinan un marco penal distinto conduciendo a una pena superior en grado b) los que gradúan la misma pena básica imponiéndola en su mitad superior. Los primeros, a partir de aquí MIR PUIG sigue a ALONSO ÁLAMO, no serían verdaderas circunstancias sino elementos que dan lugar a delitos cualificados, mientras que los segundos constituirían auténticas circunstancias que habría que denominar especiales para diferenciarlas de las del artículo 22 y en su caso 23, aun cuando les serían aplicables las mismas reglas que a las circunstancias previstas en este artículo. No obstante, frente a este estimable intento de clarificación cabe mencionar el contraejemplo del artículo 139 del Código, donde se llama “circunstancias” a elementos (alevosía, ensañamiento, precio, promesa o recompensa) que estableciendo un marco penal superior al homicidio dan lugar al delito cualificado de asesinato. En cualquier caso más allá de la denominación del Código, creo que resulta correcto seguir nombrando circunstancias a los hechos cualificantes por dos razones que los diferencian de los hechos constitutivos (elementos típicos esenciales en terminología de MIR PUIG): a) porque desde el punto de vista del delito básico (por ejemplo el homicidio) al que cualifican no son constitutivos o esenciales, dado que si no se dan sigue existiendo tal delito básico (el homicidio) b) porque, al menos desde el punto de vista de los delitos cualificados que aquí nos interesan —aquellos en los que interviene la alevosía como cualificante: el asesinato y las lesiones del 148— en puridad tampoco son constitutivos o esenciales, porque los hechos cualificantes son alternativos, es decir, para que exista asesinato o lesiones del 148 no resulta esencial la concurrencia de alevosía, pues podría concurrir otro hecho cualificante (en el asesinato el precio o el ensañamiento y en las lesiones del 148 el empleo de armas o el ensañamiento o la víctima menor de doce años o incapaz entre otras).

⁵⁰⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, ob. cit., pág. 635: «Según la fórmula del art. 22, 1º, la alevosía sólo es aplicable a los delitos contra las personas». CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, ob. cit., pág. 698: «La alevosía es sólo aplicable a los delitos contra las personas». MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 490: «[...] la circunstancia de *alevosía*, en la que el art. 22,1ª reproduce la redacción del Código penal anterior al entenderla aplicable sólo a ‘delitos contra las personas’ [...]». PUIG PEÑA, Federico, «Alevosía», ob. cit., pág. 561: «A pesar del alcance genérico que tiene el emplace legal de la alevosía, sin embargo, como en el mismo concepto de la ley se dice, ella es sólo aplicable a los delitos que se cometen contra las personas. No existe, pues, posibilidad de aplicar la alevosía en las restantes infracciones delictivas». QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, I Infracciones contra la persona en su realidad física*, ob. cit., pág. 260: «La estricta referencia a los ‘delitos contra las personas’, muestra bien a las claras el defecto metodológico de su inclusión entre las agravantes genéricas por ser rigurosamente específica». ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 103: «De ahí, que a pesar de que el Código la contemple como una agravante más, con el carácter de genérica y aplicable por tanto a toda clase de delitos, ya que la incluye dentro del catálogo general de las agravantes en el Libro I, por imperativo de la ley sólo cabe aplicarla a unos solos delitos ‘los delitos contra la personas’». DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 801: «La agravante de alevosía exige como requisitos para su apreciación, en primer lugar, lo que la doctrina viene en denominar elemento normativo, en cuanto su ámbito de aplicación se restringe, por propia exigencia legal, a los delitos contra las personas [...]». FERRER SAMA, Antonio, «Artículo 10.1», ob. cit.,

culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas [...]», establece la comisión de esta clase de delitos como primer requisito de la circunstancia⁵⁰⁵, restringiendo de este modo su ámbito de aplicación.

Sin embargo, cabe preguntarse lo que ocurriría en ausencia de esta limitación legal. Pues bien, nada parece en ese caso obstaculizar una aplicación genérica de la circunstancia. A ello no se opone desde luego la idea nuclear de la alevosía, puesto que *en principio* todo delito es susceptible de cometerse eliminando (o al menos dificultando) las posibilidades de defensa del ofendido. Este razonamiento puede apoyarse además tanto en nuestra legislación actual, como en la histórica y la comparada. Nuestro Código penal regula en el artículo 22.2 una circunstancia agravante emparentada con la alevosía —el abuso de superioridad—⁵⁰⁶ denominada frecuentemente

pág. 330: «Encabeza este artículo 10 la enumeración de ellas circunstancias agravantes con una que jamás debiera haberse colocado entre las de carácter genérico, toda vez que su ámbito de aplicación no es el de la generalidad de las infracciones, sino que, como el propio texto indica, sólo entran en juego respecto a un reducido grupo de ellas, cual es el de los delitos contra las personas». PUENTE SEGURA, Leopoldo, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, ob. cit., págs. 447 y s.: «Más transcendencia tiene, sin duda, la limitación del ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de alevosía configurada por la propia redacción del artículo 22.1.º —por otra parte tradicional en nuestra legislación punitiva—, al referirse a ‘cualquiera de los delitos contra las personas’. Ello significa, naturalmente, que a diferencia de lo que sucede, en principio, con el resto de las circunstancias agravantes genéricas, la alevosía no puede ser aplicada con referencia a la comisión de cualquier clase de delitos, sino que, únicamente podrá operar en el ámbito de los delitos contra las personas».

⁵⁰⁵ De manera reiterada la jurisprudencia al enumerar los elementos o requisitos de la definición de alevosía incluye como el primero de ellos el normativo por el que se exige para la apreciación de la alevosía haber cometido alguno de los delitos contra las personas. Véase en este sentido STS 117/2010 de 19 de enero; STS 922/2010 de 22 de enero; STS 1479/2010 de 2 de marzo; STS 1569/2010 de 30 de marzo; STS 2019/2010 de 22 de abril; STS 2563/2010 de 14 de mayo; STS 2969/2010 de 2 de junio; STS 4959/2010 de 17 de septiembre; STS 5289/2010 de 6 de octubre; STS 7333/2010 de 22 de diciembre; STS 391/2011 de 27 de enero; STS 2230/2011 de 30 de marzo; STS 2039/2011 de 14 de abril; STS 3379/2011 de 13 de mayo; STS 3781/2011 de 23 de mayo; STS 4302/2011 de 17 de junio; STS 5129/2011 de 28 de junio; STS 5144/2011 de 19 de julio; STS 7290/2011 de 2 de noviembre; STS 7689/2011 de 10 de noviembre; STS 8848/2011 de 22 de diciembre; STS 9339/2011 de 30 de diciembre; STS 1954/2012 de 1 de febrero; STS 3899/2012 de 11 de mayo; STS 3807/2012 de 30 de mayo; STS 4588/2012 de 15 de junio; STS 4940/2012 de 25 de junio; STS 5136/2012 de 26 de junio; STS 4944/2012 de 10 de julio; STS 5344/2012 de 11 de julio; STS 7331/2012 de 15 de noviembre; STS 8688/2012 de 3 de diciembre; STS 8288/2012 de 5 de diciembre; STS 8678/2012 de 20 de diciembre; STS 347/2013 de 25 de enero; STS 1900/2013 de 8 de abril; STS 1845/2013 de 18 de abril; STS 2883/2013 de 17 de mayo; STS 3255/2013 de 19 de junio; STS 4774/2013 de 2 de octubre; STS 4775/2013 de 8 de octubre; STS 5720/2013 de 18 de noviembre; STS 269/2014 de 24 de enero; STS 1114/2014 de 19 de marzo; STS 1465/2014 de 16 de mayo; STS 2432/2014 de 10 de junio; STS 3130/2014 de 14 de julio; STS 4699/2014 de 7 de noviembre; STS 5083/2014 de 12 de diciembre; STS 5442/2014 de 26 de diciembre; STS 662/2015 de 12 de febrero; STS 677/2015 de 25 de febrero; STS 824/2015 de 12 de marzo; STS 1596/2015 de 14 de abril; STS 2446/2015 de 4 de mayo; STS 2946/2015 de 21 de mayo.

⁵⁰⁶ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, «Los delitos de homicidio en el Derecho vigente y en el futuro Código penal», en *Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del nuevo Código penal*, Vol. 1, Edit.: Gabinete de Documentación y Publicaciones (Secretaría General Técnica – Ministerio de Justicia), 37/40, Enero/Diciembre 1983, pág. 322: «[...] es difícil, si no imposible, delimitarlo [el elemento de la alevosía] respecto de la agravante genérica de abuso de superioridad (art. 10. 8 del [antiguo] Código

“alevosía de segundo grado”, puesto que requiere que se debilite la defensa del ofendido, pero sin que su apreciación se condicione a la comisión de un delito contra las personas⁵⁰⁷. Igualmente nuestros Códigos penales de 1848, 1850 y 1928 prescribían la alevosía como una circunstancia genérica en sentido propio, es decir, no limitada específicamente a los delitos contra las personas. En la legislación comparada, por último, el Código penal italiano recoge en su artículo 61.5 la circunstancia agravante de defensa disminuida [*minorata difesa*], análoga a nuestras circunstancias de los artículos

Penal), ya que toda situación de indefensión de la víctima es determinante de una correlativa situación de superioridad del autor». CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal conforme al “Código Penal, texto refundido de 1944”, Tomo I (Parte General)*, ob. cit., pág. 533: «‘Abusar de superioridad o emplear medio que debilite la defensa’ (art. 10, 8ª). Tiene esta circunstancia muchos puntos en contacto con la alevosía en cuanto coloca en situación de ventaja a quien la emplea, tanto, que muchas veces se confunden ambas». CAMARGO HERNÁNDEZ, Cesar, *La alevosía*, ob. cit., pág. 90: «[...] no existe diferencia alguna entre las circunstancias agravantes de alevosía y emplear abuso de superioridad o medio que debilite la defensa, como lo demuestra el hecho de que en muchos casos idénticos haya sido aplicada una u otra indistintamente por nuestra Jurisprudencia, y por lo tanto que lo lógico es suprimir la circunstancia octava del art. 10 [emplazamiento del abuso de superioridad en el Código penal de 1973], evitando dudas que es imposible resolver y que tienen tanta importancia y transcendencia, como se desprende del hecho de que un mismo delito pueda ser calificado de asesinato o de simple homicidio agravado, según se considere aplicable una u otra circunstancia». Existen sentencias del Tribunal Supremo donde se reconoce una relación de homogeneidad (descendente) entre el abuso de superioridad y alevosía: STS 5298/2010 de 11 de octubre: «Por otra parte, siendo esta circunstancia homogénea con relación a la alevosía no se vulnera el principio acusatorio cuando interesada la apreciación de ésta, se rechaza la alevosía pero se aplica —como aquí es procedente— el abuso de superioridad del art. 22.2º del Código Penal como circunstancia de agravación del homicidio»; STS 7403/2010 de 2 de diciembre: «La homogeneidad entre la agravante de alevosía y abuso de superioridad no admite duda (SSTS 1458/2004, de 10 de diciembre; 600/2005, de 10 de mayo; y 850/2007, de 18 de octubre), pues como se dice en la STS 76/2009, de 4 de febrero, ‘es claro, pues, que el abuso de superioridad se encuentra insito [sic] en la alevosía. Y por eso se dice que es una alevosía menor o de segundo grado. Y es por eso, también, que quien solicita la aplicación de la alevosía está interesando la apreciación de lo que pudiera denominarse un abuso de superioridad absoluto, por lo que la no aplicación por el Tribunal de esta última —la alevosía— no le impide en modo alguno apreciar la concurrencia de la ‘alevosía menor’, pues quien pide lo más pide también lo menos en un marco de homogeneidad palmario’»; STS 5144/2011 de 19 de julio: «[...] la estimación del abuso de superioridad en lugar de la alevosía no implica vulneración del principio acusatorio, dada la evidente homogeneidad de ambas circunstancias agravantes —el abuso de superioridad es conocido doctrinalmente como ‘alevosía menor o de segundo grado— y la de menor penalidad resultante SSTS. 1782/2000 de 11.11, 15.3.99, 24.3.95, lo que impide hablar de indefensión, pese a no haber existido petición expresa y ‘nominativa’ de la agravante de abuso de superioridad, cuya diferencia con la alevosía radica en que produce una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera, nos encontraríamos en presencia de la alevosía»; STS 8067/2011 de 16 de noviembre: «La STS 509/1997, 10 de abril, calificó la relación entre los distintos tipos llamados a la protección de la libertad sexual como de una ‘homogeneidad descendente’. Procede afirmar primeramente ese tipo de homogeneidad entre el delito de violación con intimidación y el de estupro con prevalimiento, al igual que sucede, por ejemplo, entre el asesinato y el homicidio o entre las agravantes de alevosía y abuso de superioridad»; STS 436/2013 de 29 de noviembre (que cita la anterior): «La STS nº 1228/2011 [8067/2011], en sentido similar al sostenido en la STS nº 720/2007 y en la STS nº 841/2007, recordaba que ‘La STS 509/1997, 10 de abril, calificó la relación entre los distintos tipos llamados a la protección de la libertad sexual como de una ‘homogeneidad descendente’. Procede afirmar primeramente ese tipo de homogeneidad entre el delito de violación con intimidación y el de estupro con prevalimiento, al igual que sucede, por ejemplo, entre el asesinato y el homicidio o entre las agravantes de alevosía y abuso de superioridad»; STS 557/2014 de 29 de enero: «Procede la apreciación de la agravante [abuso de superioridad] que es homogénea con la de alevosía. No

22.1 (alevosía) y 22.2 (alevosía de segundo grado), cuya apreciación requiere el haber obstaculizado la defensa pública o privada pero sin estar restringida su estimación a los delitos contra las personas⁵⁰⁸. Al margen de estas referencias legislativas, también la doctrina en algunas ocasiones, como fuera el caso en los años cincuenta de autores como SANVICENTE SAMA y PUIG PEÑA⁵⁰⁹, ha mostrado su oposición a la limitación de la alevosía a los delitos contra las personas.

en vano es reiteradamente calificada como ‘alevosía menor’»; STS 2853/2014 de 18 de junio: «Por lo demás, es incontestable la homogeneidad de la alevosía y el abuso de superioridad como así lo proclama la jurisprudencia de esta Sala (véanse, por todas, las SS.TS. 1340/2000 de 25 de julio; 357/2002 de 4 de marzo; 1458/2004 de 10 de diciembre; 600/2005 de 10 de mayo; 850/2007 de 18 de octubre, etc., etc.)»; STS 2946/2015 de 21 de mayo: «[...] alevosía que sustituimos por la de abuso de superioridad, sin que ello implique vulneración alguna del principio acusatorio dada la homogeneidad entre una y otra [...]».

⁵⁰⁷ El artículo 22.2 del Código penal establece: «Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente». La jurisprudencia ha reconocido la no restricción del ámbito de aplicación del abuso de superioridad a los delitos contra la vida: STS 7609/2010 de 28 de diciembre: «Como punto de partida, hay que declarar que es pacífica la doctrina que estima que la agravante de abuso de superioridad, si bien despliega su natural eficacia en los delitos contra la vida e integridad personal en sentido estricto como los de homicidio o lesiones, *también* despliega su eficacia en relación a los delitos contra el patrimonio, del Título XIII que junto con el ataque al patrimonio constituyen un ataque contra las personas como son los delitos de robo con violencia o intimidación en los que cabe una forma alevosa de ejecución, y por tanto, también bajo la figura de la alevosía ‘menor’ del abuso de superioridad. En tal sentido se pueden citar, entre otras, las SSTs: a) STS 664/2002 de 11 de Abril que la aplicó en el caso de un robo con tirón a mujer de 75 años a la que se le arrebató el bolso, haciéndole caer. b) STS 1057/2003 de 15 de Julio, víctima de 66 años y agresor de 30 años que penetra de madrugada en la casa del primero. c) STS 1630/2003 en caso de desproporción numérica en caso de robo con violencia. d) ATS 626/2002 de 13 de Marzo de 2002 en ataque de dos personas a la víctima que se valía de unas muletas para robarle. e) STS 295/2004 de 10 de Febrero en el caso de cinco agresores y una sola víctima. f) STS 1438/2003, tres agresores que obligan a la víctima a introducirse en un coche y la llevan a varios cajeros automáticos. De igual manera en favor de la extensión de esta agravante a los delitos de robo, se pueden citar, entre la jurisprudencia anterior a la citada, la 934/1997»; STS 917/2010 de 28 de enero: «Próxima por ello a la alevosía, hasta el extremo de ser comparadas a dos círculos concéntricos, constituyendo el abuso de superioridad una especie de alevosía menor, su aplicación se ha limitado, como aquélla, a delitos contra las personas o a delitos complejos que tutelan, junto a otro bien jurídico, la vida o la integridad de las personas»; STS 2110/2010 de 29 de abril: «Es cierto que no son abundantes los pronunciamientos sobre la existencia de esta agravante [abuso de superioridad] en delitos violentos contra el patrimonio, sin embargo su compatibilidad no tiene que ofrecer cuestión alguna, ya que esa circunstancia agravante se puede afirmar en todas aquellas conductas delictivas que presupongan una agresión física a la víctima, sin que exista razón alguna que limite su aplicación a los delitos contra la vida o integridad física, como se predica en el caso de la alevosía, y aún en ésta, solamente se acota: delitos contra las personas»; STS 7840/2012 de 4 de diciembre: «En primer lugar esta agravante [el abuso de superioridad], que la jurisprudencia ha calificado de alevosía menor, es típica de los delitos contra las personas, por lo que no sería aplicable en los delitos contra el patrimonio, como lo es el robo [...] la STS. de 29 de noviembre de 2007, después de reconocer que no son abundantes los pronunciamientos sobre la concurrencia de esta agravante en delitos violentos contra el patrimonio, admite sin embargo su compatibilidad, ya que esta circunstancia agravante se puede aplicar en todas aquellas conductas delictivas que presupongan una agresión física a la víctima, sin que exista razón alguna que limite su aplicación a los delitos contra la vida o integridad física, pudiendo aplicarse también en aquellos que contemplan conjuntamente el ataque a la vida y la integridad personal junto con la agresión a otros bienes jurídicamente protegidos, como ya señaló la STS 8 de febrero de 1991. Desde esta perspectiva es posible su apreciación en aquellas figuras delictivas en las que la conducta delictiva incluya el ataque a la vida y

Lo cierto, en cualquier caso, es que el legislador actual ha rechazado el carácter propiamente genérico de la circunstancia, circunscribiendo la alevosía a un ámbito específico de delitos, de ahí que la cuestión relevante en realidad consista en determinar cuál sea ese grupo específico de “delitos contra las personas”. Esta cuestión era en apariencia fácil con el Código penal de 1973, puesto que el anterior Código denominaba a uno de sus Títulos —el VIII del Libro II— “Delitos contra las personas”⁵¹⁰. Por tanto, en principio bastaba una comprobación sobre los delitos incluidos en los Capítulos de

la integridad personal, ataque que es indudable que está presente en los delitos de robo con violencia, pero teniendo en cuenta que es el bien jurídico personal, y no el patrimonial, el que justifica la posibilidad de su apreciación. Por ello habrá que examinar cada caso en concreto no solo para determinar si se ha usado violencia con una víctima que se encuentra en evidente de desequilibrio de fuerzas, sino también para tomar en consideración los efectos que puede producir el hecho de que es la agresión personal y no la patrimonial la que justifica la agravación, con el fin de evitar la posibilidad de una aplicación redundante o duplicada de la agravación. Es decir que es necesario impedir que la agravante produzca un doble efecto en perjuicio del imputado cuando los actos de violencia física se sancionen separadamente, exacerbando en estos supuestos de forma duplicada la pena al aplicarse como agravante en ambos tipos delictivos. Por ello, en estos supuestos, y para evitar la vulneración del principio ‘non bis in idem’, solo debe aplicarse como agravante en la sanción de los actos de violencia física realizados»; STS 239/2014 de 29 de enero: «En cuanto a la apreciación de la agravante de superioridad en este delito [robo con violencia] —que no admite la estimación de la alevosía por falta del presupuesto normativo de no ser delito contra las personas— basta atender a lo descrito como probado para hacer arbitraria cualquier duda sobre la asimetría de fuerzas y capacidad de agresión entre el plural grupo de coautores y las dos víctimas».

⁵⁰⁸ El artículo 61.5 del Código penal italiano establece: «el haber aprovechado las circunstancias de tiempo, lugar o persona tales de obstaculizar la defensa pública o privada [*l'averne profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona tali da ostacolare la pubblica o privata difesa*]»

⁵⁰⁹ SANVICENTE SAMA, Alejandro, «Investigación del concepto jurisprudencial de la alevosía», ob. cit., pág. 78: «El primero de estos límites encabeza el concepto legal cuando se dice que hay alevosía ‘cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas...’, lo que supone que únicamente obra la alevosía como circunstancia agravante en la clase de delitos señalada. Esta limitación nos parece de todo punto inofensiva, puesto que doctrinalmente no encontramos ningún inconveniente en que pueda apreciarse la agravación de la alevosía en otras figuras del delito no comprendidas en el título de ‘Delitos contra las personas’. Así ocurre en los delitos contra la honestidad y el honor, donde el ataque alevoso puede admitirse y de hecho se da en la vida». PUIG PEÑA, Federico, «Alevosía», ob. cit., pág. 559: «A esta definición legal, bastante aceptable, se le han señalado, sin embargo, algunos defectos; singularmente la concreción que se hace en ella a los delitos contra las personas (cuando podría caber perfectamente en otras infracciones, como el atentado, la calumnia, la violación, etc.) [...]».

⁵¹⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, ob. cit., pág. 635: «Según la fórmula del art. 22, 1º, la alevosía sólo es aplicable a los *delitos contra las personas*. En la terminología del CP anterior —que usaba la misma expresión— ‘delitos contra las personas’ eran solamente los contenidos en el Título VIII del Libro II: los delitos contra la vida independiente y los de aborto y de lesiones». CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, ob. cit., pág. 698: «La alevosía es aplicable únicamente en los delitos contra las personas. Ésta era el epígrafe del Título VIII del Libro II del viejo Código penal, en el que se comprendían los delitos contra la vida y la integridad física y la salud [...]» MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 490: «[...] la circunstancia de *alevosía*, en la que el art. 22,1º reproduce la redacción del Código penal anterior al entenderla aplicable sólo a ‘delitos contra las personas’, clasificación que ya no existe en el Código penal vigente». ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 103: «El Código penal, al definir la alevosía en el número 1 del artículo 10 dice: ‘Hay alevosía cuando el culpable comete *cualquiera de los delitos contra las personas* empleando ...’. Parece por tanto que se quiera limitar su aplicación, únicamente a los delitos comprendidos en el Título VIII del Libro II del Código Penal, dedicado como sabemos a los delitos contra las personas». DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «La alevosía en el Código Penal de 1995», ob. cit., págs. 285 y s.: «Por tanto, el nuevo texto vigente vuelve a establecer como

dicho Título —el Capítulo primero se ocupaba del homicidio, el II del infanticidio, el III del aborto y el IV de las lesiones— para que fuera posible conocer los susceptibles de caer bajo la aplicación de la circunstancia. Sin embargo, esta solución —de considerar la expresión “delitos contra las personas” como una referencia a un título del Código— ya en su época aparejaba ciertas dificultades debidas a que fuera del Título VIII existían también otros delitos similares a los incluidos, a los cuales carecía de lógica excluir de la aplicación de la agravante⁵¹¹. Por ejemplo, así sucedía con el homicidio al Jefe del Estado del artículo 142 previsto en el Título II del Libro II del antiguo Código, pues, al fin y al cabo, como con acierto señalaba JIMÉNEZ ASENJO, «el homicidio es siempre homicidio, sea cualquiera el lugar en donde se halle colocado»⁵¹².

Pero si entonces esta solución presentaba dificultades, desde la entrada en vigor del Código penal de 1995 quedó completamente clausurada puesto que el Código actual no ha conservado Título alguno con la denominación de “Delitos contra las personas”⁵¹³.

ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de alevosía, en el art. 22.1.º, el de los *delitos contra las personas*, a pesar de que en él ha desaparecido el título que daba sentido a dicha referencia (antiguo título VIII, del libro II, del Código penal derogado)». DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 822: «[...] la delimitación de los delitos en los que era susceptible de aplicación esta circunstancia [alevosía] no ofrecía mayores dificultades con la legislación derogada, dado que el propio Código de 1973 nominaba su Título VIII con la rúbrica ‘Delitos contra las personas’ [...]». CÓRDOBA RODA, Juan, «Artículo 22.1.º», ob. cit., pág. 270: «El art. 22.1.º circunscribe el ámbito de la presente circunstancia a los ‘delitos contra las personas’. Esta expresión guarda correspondencia con la rúbrica del Tít. VIII del Libro segundo del CP de 1973, que decía ‘delitos contra las personas’ y que comprendía los delitos contra la vida y contra la integridad». PUENTE SEGURA, Leopoldo, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, ob. cit., pág. 448: «En efecto, el Título VIII del Libro II del Código Penal de 1973 llevaba, precisamente por denominación ‘De los delitos contra las personas’ (incluyéndose en el mismo el homicidio, el infanticidio, el aborto y las lesiones). Ello permitía, en interpretación simple, si se quiere, pero potenciadora, sin duda, de la seguridad jurídica, concluir que la circunstancia agravante de alevosía únicamente podría resultar aplicable con relación, precisamente, a los delitos citados y contenidos en el meritado Título VIII del Libro II del Código Penal».

⁵¹¹ CAMARGO HERNÁNDEZ, Cesar, *La alevosía*, ob. cit., pág. 63: «[...] la circunstancia agravante de alevosía que se encuentra en el número primero del art. 10, entre las agravantes genéricas con la limitación de que sólo es aplicable a los delitos contra las personas [...] se puede apreciar con relación a otros delitos no comprendidos en el mencionado Título VIII del Libro II». ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., págs. 103 y s.: «[...] cabe la aplicación [de la circunstancia de alevosía] a delitos no comprendidos en el Título VIII del Libro II, si bien tales delitos, llevan en sí un ataque ‘contra las personas’ pues, o bien se trata de un delito completo, o bien porque estaríamos en presencia de un concurso de delitos». JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, «El elemento psicológico en la alevosía», ob. cit., pág. 458: «[...] se ha estimado que también alcanza [la circunstancia de alevosía] al complejo de robo con homicidio, no obstante su desplazamiento del título de los delitos personales o de vida y su emplazamiento en los que van contra la propiedad ajena [...]». ÁLVAREZ GARCÍA, Javier, «Artículo 10.1», ob. cit., pág. 69: «La circunstancia comentada reduce expresamente su campo de aplicación a los delitos contra las personas [...] existen delitos extramuros de este Título [VIII del Libro II] que dogmática y político-criminalmente reclaman también su aplicación».

⁵¹² JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, «El elemento psicológico en la alevosía», ob. cit., pág. 458.

⁵¹³ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, ob. cit., pág. 635: «Según la fórmula del art. 22, 1º, la alevosía sólo es aplicable a los *delitos contra las personas*. En la terminología del CP anterior —que

En la actual situación persiste el problema de determinación de los “delitos contra las personas”, pero ahora agravado pues ni siquiera se cuenta con el apoyo, no exento de dificultades, de una referencia positiva en el Código. Dado que la legislación positiva ha dejado de servir de ayuda, un posible remedio consiste en acudir a la noción manejada por la doctrina. Esta solución alternativa termina, sin embargo, siendo también insatisfactoria. Lo es, en primer lugar, a causa de la noción misma de “delitos contra las personas”, cuya extensión es potencialmente tan amplia que, desde una perspectiva conceptual, puede llegar a no establecer ninguna oposición diferencial frente a otros tipos de delitos. Conceptualmente no resulta desacertado afirmar que “delitos contra las personas” son todos los del Código, porque es cierto que todos ellos representan ataques

usaba la misma expresión— ‘delitos contra las personas’ eran solamente los contenidos en el Título VIII del Libro II: los delitos contra la vida independiente y los de aborto y de lesiones. En el actual CP ha desaparecido aquella rúbrica ‘delitos contra las personas’ de la Parte Especial». CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, ob. cit., pág. 698: «La alevosía es aplicable únicamente en los delitos contra las personas. Éste era el epígrafe del Título VIII del Libro II del viejo Código penal, en el que se comprendían los delitos contra la vida y la integridad corporal y la salud, pero en el Libro II del nuevo Código no hay título alguno que lleve dicho epígrafe, lo cual plantea un problema de interpretación». MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 490: «[...] la circunstancia de *alevosía*, en la que el art. 22,1ª reproduce la redacción del Código penal anterior al entenderla aplicable sólo a ‘delitos contra las personas’, clasificación que ya no existe en el Código penal vigente». DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «La alevosía en el Código Penal de 1995», ob. cit., págs. 285 y s.: «Por tanto, el nuevo texto vigente vuelve a establecer como ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de alevosía, en el art. 22.1.º, el de los *delitos contra las personas*, a pesar de que en él ha desaparecido el título que daba sentido a dicha referencia (antiguo título VIII, del libro II, del Código penal derogado)». DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 822: «Ahora bien, si la delimitación de los delitos en los que era susceptible de aplicación esta circunstancia [alevosía] no ofrecía mayores dificultades con la legislación derogada, dado que el propio Código de 1973 nominaba su Título VIII con la rúbrica ‘Delitos contra las personas’, esta rúbrica desaparece en los correlativos Títulos I a IV del actual Libro II del Código, con lo que habrá que interpretar a qué se refiere ahora el legislador cuándo [sic] en el artículo 22.1.ª sigue manteniendo la expresión delitos contra las personas». CÓRDOBA RODA, Juan, «Artículo 22.1.ª», ob. cit., pág. 270: «El art. 22.1.ª circunscribe el ámbito de la presente circunstancia a los ‘delitos contra las personas’. Esta expresión guarda correspondencia con la rúbrica del Tít. VIII del Libro segundo del CP de 1973, que decía ‘delitos contra las personas’ y que comprendía los delitos contra la vida y contra la integridad. En el CP de 1995 dicha rúbrica ha desaparecido, pues los Tít. I a V del Libro segundo figuran bajo los epígrafes de ‘del homicidio y sus formas’, ‘del aborto’, ‘de las lesiones’, ‘de las lesiones al feto’ y ‘delitos relativos a la manipulación genética’». PUENTE SEGURA, Leopoldo, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, ob. cit., pág. 448: «Con la promulgación del nuevo texto punitivo de 1995 la situación ha cambiado por lo que a esta cuestión concierne de manera sensible, toda vez que al haberse modificado en profundidad la estructura del Código con respecto al texto penal anterior, ha desaparecido cualquier referencia explícita a los denominados ‘delitos contra las personas’, regulándose ahora en el Título primero del Libro II ‘El homicidio y sus formas’, en el Título II del mismo Libro ‘el aborto’, en el Título III ‘las lesiones’, en el IV ‘las lesiones al feto’, en el V ‘los delitos relativos a la manipulación genética’, etc. Esta nueva estructura del Código Penal reabre la cuestión de cual haya de ser el ámbito de aplicación propio fuera del cual no puede tener operatividad la circunstancia agravante de alevosía». ARIAS EIBE, Manuel José, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», ob. cit., 2005, pág. 7: «El artículo 22.1ª circunscribe la aplicabilidad de la circunstancia de alevosía a la comisión de ‘cualquiera de los delitos contra las personas’ lo que genera un problema interpretativo, toda vez que en el Código penal de 1995, a diferencia del Código derogado, no hay título alguno rotulado de esta guisa».

contra las personas, tomadas *aisladamente* como individuos o bien *socialmente* reunidas en convivencia. De ahí que la oposición tradicional que divide el conjunto de los delitos del Código en dos grandes ramas —“delitos contra las personas” frente a “delitos contra la sociedad”— pierda toda su eficacia cuando se entiende que la sociedad está integrada por personas, y que los ataques a la sociedad son, por esta razón, igualmente ataques contra las personas que la componen⁵¹⁴. No obstante, aunque sea desde una perspectiva conceptual posible, el legislador con la expresión “delitos contra las personas” del artículo 22.1 no puede estar refiriéndose al conjunto de todos los delitos, porque precisamente ha hecho mención expresa a estos delitos con la finalidad de evitar la eficacia general que de otro modo, por su emplazamiento, correspondería a la circunstancia de alevosía. Y aquí surge un segundo motivo de insatisfacción, porque tratándose de una noción potencialmente tan amplia es susceptible de ser restringida desde la doctrina con cierta arbitrariedad a una u otra determinada clase de delitos⁵¹⁵. Bastará con presentar algunos ejemplos de la variabilidad de la interpretación doctrinal. MUÑOZ CONDE los identifica con los que atacan valores de los que es titular la persona de manera que, aunque los opone a los delitos contra la sociedad, sigue admitiendo una noción bastante extensa; en ella incluye no sólo los que atentan contra la vida y la integridad física, sino además los delitos contra la libertad, la indemnidad sexual, la

⁵¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte especial*, ob. cit., a pesar de oponer los «delitos contra las personas» a los «delitos contra la sociedad» relativiza el empleo de esta oposición, pág. 27: «En todo caso, hay que destacar que, aunque cada uno de estos grupos presenta características y peculiaridades propias que aconsejan tratarlos sistemáticamente de una forma diferenciada, la distinción persona-sociedad tiene un valor más expositivo y pedagógico que filosófico. El Derecho penal no protege a la persona aislada en cuanto tal, sino en su convivencia con las demás personas. Todo atentado contra la persona es, al mismo tiempo, un atentado contra la sociedad en la que dicha persona se integra y, por las mismas razones, todo atentado a la convivencia pacífica asegurada por un orden social es también un atentado a la persona individual que sólo a través de la convivencia puede autorrealizarse». QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, I Infracciones contra la persona en su realidad física*, ob. cit., pág. 26 proclama «la persona humana, el hombre individual portador de valores materiales e ideales, como primordial del Derecho, que es vida humana objetivada, en la luminosa definición de RECASÉNS SICHES: bien y objeto en el que los demás reposan y resultan, en cierto modo, secundarios y hasta ficticios» y pág. 36: «En un sentido amplio, la expresión de infracciones contra la persona pudiera comprender toda o al menos gran parte de la delincuencia, ya que apenas se concibe delito alguno que de modo más o menos directo deje de afectar al ser humano en su condición de sujeto encarnando todo derecho, el cual es ‘vida humana objetivada’, en la famosa feliz fórmula de RECASÉNS SICHES».

⁵¹⁵ Y no sólo por la doctrina, también por diversos legisladores nacionales. Así si el legislador español del Código penal de 1973 restringía la expresión “Delitos contra las personas” a los delitos contra la vida y la integridad física, este criterio no es compartido, sin embargo, con el actual legislador italiano, que en el Título XII del Libro II del Código penal italiano denominado “De los delitos contra la persona [*Dei delitti contro la persona*]” incluye no sólo los delitos contra la vida y la integridad individual [*delitti contro la vita e l’incolumità individuale*] (Capítulo I), sino también los delitos contra el honor [*delitti contro l’onore*] (Capítulo II) y los delitos contra la libertad individual [*delitti contro la libertà individuale*] (Capítulo III), si bien es cierto que deja fuera los delitos patrimoniales.

intimidad, el honor, a los que todavía añade los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico⁵¹⁶. Para QUINTANO RIPOLLÉS, en cambio, una noción así resulta excesivamente amplia en la medida en que «para no ser demasiado equívoca la expresión ‘infracciones contra las personas’ han de comprender [...] las que vulneran o arriesgan bienes estrictamente personales, corporales o no, aunque no patrimoniales»⁵¹⁷, con lo que incluye «en la parte o grupo de las ‘Infracciones contra la persona’ no solamente su bien básico de la vida y la integridad, con todos los tipos agravados y privilegiados, sino los de la libertad y honor en tanto que valores ideales que completan la personalidad»⁵¹⁸. A esta misma solución de excluir los delitos contra el patrimonio llegan SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO⁵¹⁹ incluyendo los delitos contra la vida humana independiente y dependiente, contra la salud y la integridad corporal, contra la libertad, las torturas y otros delitos contra la integridad moral, la trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la omisión del deber de socorro, los delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, el allanamiento de morada, contra el honor y los delitos contra las relaciones familiares. Pero la noción de QUINTANO RIPOLLÉS y SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAÍLLO a su vez es considerada como

⁵¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte especial*, ob. cit., pág. 27 y s., y 519 y ss. Se trataría, por tanto, de la oposición entre delitos contra los particulares y delitos contra la sociedad o comunidad. Es cierto que el autor matiza esta distinción persona-sociedad afirmando que «tiene un valor más expositivo y pedagógico que filosófico». Sin embargo el artículo 22.1 nos demuestra el carácter jurídico de la distinción de los delitos contra las personas frente al resto, pues de ella depende la determinación jurídica del ámbito de aplicación de la circunstancia de alevosía. De igual modo RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte especial*, ob. cit., pág. 13 y s. afirma que «mantendrá [...] la gran división en delitos contra sociedad y delitos contra las personas a que parece responder el C.p. [se refiere al antiguo Código], aunque deje de mentarse expresamente desde 1848», y, sin embargo, entiende «que, en el momento presente, la comunidad política es el presupuesto para la realización de los fines personales de los individuos que la componen; su destrucción arrastra, la mayoría de las veces, la destrucción de sus miembros. Si se admite esto, hay que conceder la primacía a los valores colectivos, lo cual no significa, sin embargo, que esa primacía corresponda sin más al Estado: la comunidad internacional penetra también en el derecho interno. Tampoco se santifica con ello la ‘razón de Estado’: en último término, el Derecho persigue asegurar la convivencia, es decir, está dirigido a los ciudadanos que integran el Estado. El Estado no es un fin en sí mismo».

⁵¹⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, I Infracciones contra la persona en su realidad física*, ob. cit., pág. 38.

⁵¹⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, I Infracciones contra la persona en su realidad física*, ob. cit., pág. 26. Ésta constituiría su primera parte dentro de la clasificación de los delitos. La segunda parte contiene las infracciones patrimoniales violentas, fraudulentas y de uso abusivo o ilícito, en la tercera están las infracciones contra la comunidad social, en su aspecto real e ideal, no institucional, en la cuarta las infracciones contra el Estado y sus órganos, y en la quinta las infracciones contra la comunidad internacional (véase págs. 26 a 28).

⁵¹⁹ SERRANO GÓMEZ, Alfonso / GÓMEZ MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit. Véase en el índice su clasificación de los delitos.

demasiado amplia para otros autores que restringen los delitos contra las personas únicamente a aquellos que atacan la vida o la integridad física⁵²⁰.

Frente a una noción doctrinal así de variable aparece como una opción preferible recurrir a una interpretación legislativa histórica de los “delitos contra las personas” siempre y cuando que sea bien entendida. Porque con ella no se trata de recuperar la referencia del Título VIII del Libro II del Código derogado a una serie de delitos, referencia que ni siquiera estaba exenta de dificultades durante la vigencia del anterior Código. En lugar de retomar una etiqueta, el objetivo consiste en descubrir, gracias a la historia de nuestra codificación penal, la idea rectora que en nuestros Códigos está detrás de la referencia “delitos contra las personas”. Dicha idea rectora permitió al legislador en ocasiones referirse a una serie de delitos y englobarlos bajo el Título de “delitos contra las personas” —como ocurrió con el Título VIII del Libro II del anterior Código—, pero a la vez esa misma idea servía de criterio a la dogmática y jurisprudencia para identificar otros delitos fuera de dicho Título —como, por ejemplo, el antiguo delito de homicidio del Jefe del Estado previsto en el Título II del Libro II (art. 142)— que eran susceptibles de ser circunstanciados por la alevosía. Ahora que todos los delitos están excluidos de tal Título, en cuanto ha desaparecido del Código actual, el recurso a esta idea rectora es más necesario que nunca.

Pero, ¿cuál es la idea rectora detrás de la denominación “delitos contra las personas”? Aunque la respuesta se encuentra en la historia de nuestra codificación penal, no todos nuestros Códigos históricos resultan útiles. Ni el primer Código penal de 1822, ni los siguientes de 1848, 1850 y 1928 ofrecen una respuesta. El primero debido a que limitaba la circunstancia de alevosía exclusivamente al delito de asesinato, y los Códigos de 1848, 1850 y 1928 porque consideraban a la alevosía como circunstancia genérica no sometida a ninguna restricción en su aplicación. La respuesta, en cambio, se

⁵²⁰ Esto ocurre, como veremos, a los autores cuando se ocupan de estudiar la circunstancia de alevosía. Es paradójico, sin duda, que quienes sostienen una noción más o menos amplia de delitos contra las personas a la hora de clasificar los delitos de la Parte especial restrinjan de pronto dicha noción a los delitos contra la vida y la integridad física cuando tratan de la alevosía. Es el caso de MUÑOZ CONDE quien pese a sostener la noción amplia presentada arriba cuando se ocupa de la circunstancia de la alevosía (MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 490) afirma: «[...] el art. 22,1ª reproduce la redacción del Código penal anterior al entenderla aplicable sólo a ‘delitos contra las personas’ [...] La interpretación histórica empuja a considerar que la reproducción de la definición clásica pretendía también reproducir su contenido, por lo que afectaría a los delitos antes incluidos bajo tal rúbrica (hoy, homicidio, aborto y lesiones)».

presenta en el Código de 1870, en el anterior Código penal de 1973, pero sobre todo en el Código penal de 1932. En los Códigos de 1870 (art. 10.2) y de 1973 (art. 10.1) porque si bien es cierto que en éstos la circunstancia aparecía referida a los “delitos contra las personas”, si se observa el catálogo de delitos incluidos en el Título respectivo de tal nombre se comprueba que todos pertenecían a la categoría de delitos contra la vida e integridad física⁵²¹. Pero sobre todo en el Código de 1932, porque en éste la idea rectora se manifestó expresamente cuando en la definición de la alevosía de este Código (art. 10.1) se sustituyó la expresión demasiado indefinida y general de

⁵²¹ En el Código de 1870 el Título VIII del Libro II se denominaba “delitos contra las personas” integrado por nueve Capítulos; el primero dedicado al parricidio, el segundo al asesinato, el tercero al homicidio, el cuarto a disposiciones comunes a los Capítulos anteriores, el quinto al infanticidio, el sexto al aborto, el séptimo a las lesiones, el octavo contenía una disposición general en relación con el adulterio de la mujer y la corrupción de hijas menores y el noveno al duelo. Por otra parte, el Título VIII del Libro II del Código de 1973 se denominaba “Delitos contra las personas” e incluía los siguientes Capítulos: el Capítulo primero trataba del homicidio, el segundo del infanticidio, el tercero del aborto y el cuarto de las lesiones. De acuerdo con la opinión arriba defendida: QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, I Infracciones contra la persona en su realidad física*, ob. cit., pág. 36-37: «En una acepción opuesta, la extrema restricción se encuentra en el Título octavo del Libro II de nuestro Código [se refiere al anterior Código], que como los concordantes a partir de 1848, comprende bajo la rúbrica de ‘Delitos contra las personas’ únicamente los de contra la vida e integridad física. No responde, pues, a su titularidad, que parece indicar una extensión mucho mayor, por lo que al adoptar un marco tan limitado, preferible hubiera sido referirla tan sólo efectivamente a la vida e integridad, como hicieron el Código dictatorial de 1828 y el republicano de 1932. Se incluyen en él, por vez primera, bajo un sólo epígrafe de su Capítulo I, el homicidio, con sus variedades tradicionales de parricidio, asesinato, riña tumultuaria y cooperación al suicidio, en el Capítulo II el infanticidio, en el III el aborto, en el IV las lesiones, con subtipo de mutilaciones y nuevamente la variedad de riña tumultuaria, y en el V una disposición general consagrando de nuevo la excusa y semi excusa absolutoria del parricidio *honoris causa*, en favor del marido o padre que matare o hiriere a la mujer sorprendida en adulterio o a las hijas impúdicas y sus respectivos seductores; sustituida en ocasión de la reforma de 1963 por una disposición que declara la irrelevancia del consentimiento de las lesiones»; ANTÓN ONECA, José / RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial*, ob. cit., pág. 224: «La rúbrica ‘delitos contra las personas’ predomina en los Códigos españoles desde 1822 hasta hoy, con excepción de los textos de 1928 y 1932. El de 1848 fijó su contenido: homicidio, infanticidio, aborto, lesiones, homicidio o lesiones del cónyuge adúltero y duelo. El Código de 1932, antecedente inmediato del texto refundido de 1944, abandonó el duelo y el uxoricidio o lesiones por adulterio; el primero de ellos proscrito desde entonces como figura especial; el segundo, restablecido de nuevo. En 1928 se le llamó ‘delitos contra la vida, la integridad corporal y la salud de las personas’; en 1932, ‘delitos contra la vida y la integridad corporal’. Parece que esta última denominación era más adecuada, no ya porque sea usual en los Códigos extranjeros más recientes, cuanto porque la frase delitos contra las personas, o quiere decir, precisamente, delitos contra la vida e integridad corporal, o no dice nada a causa de su amplitud y vaguedad [...] Los delitos que agrupa el título VII pueden clasificarse en delitos contra la vida humana independiente (homicidio, parricidio, asesinato, riña con resultado de muerte, inducción o auxilio al suicidio, infanticidio, uxoricidio por adulterio) o dependiente (aborto) y delitos contra la salud e integridad corporal (lesiones, riña con resultado de lesiones graves). Delitos todos ellos de lesión, a diferencia de lo que ocurría con el Código de 1870, en [pág. 225] el que había algunas figuras de peligro, como el duelo o el disparo de arma de fuego». JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, «El elemento psicológico en la alevosía», ob. cit., pág. 458: «Comisión de un delito contra las personas.— Esto es, un delito de muerte o lesiones, puesto que a éstos se reducen los calificados como tales en el Código actual [hoy antiguo] y que antes lo fueron de delitos contra la vida y la integridad corporal, por estimar que era éste el bien específicamente vulnerado por la acción delictiva».

“delitos contra las personas” por la más precisa y específica de “delitos contra la vida y la integridad corporal”⁵²².

En conclusión, en los Códigos donde la circunstancia de alevosía ha estado restringida a un tipo particular de delitos, siempre lo ha estado bajo la idea rectora de “ser delitos contra la vida y la integridad” bien fuera de manera expresa (Código de 1932) o bien tácita (Códigos de 1870 y 1973). Esta idea rectora igual que sirvió a la doctrina en el anterior Código como criterio para estimar la circunstancia en delitos no incluidos en el Título denominado “delitos contra las personas” —pero que pertenecían a la categoría de los delitos contra la vida y la integridad corporal—, tiene que servir en la actualidad, cuando ha desaparecido de nuestro Código un Título con esa rúbrica, como criterio para establecer, independientemente del Título en que se recojan, a qué delitos resulta aplicable la alevosía. Conforme a este criterio la circunstancia se aplicará únicamente a delitos que consistan en ataques bien contra la vida o bien contra la integridad corporal (o salud) de las personas⁵²³. El ámbito de aplicación de la alevosía, por tanto, está constituido, en una primera aproximación, por los delitos contra las personas *física* o, con otras palabras, contra la *dimensión física* de las personas⁵²⁴.

⁵²² El artículo 10.1 del Código penal de 1932 decía: «Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra la vida o la integridad corporal empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin el riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido».

⁵²³ Debe tenerse en cuenta que, como se verá en el caso de las lesiones, a la integridad física debe añadirse el bien jurídico de la salud.

⁵²⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, ob. cit., pág. 635: «Tal vez sea conveniente mantener el criterio al que respondía aquella rúbrica y, en consecuencia, limitar la agravante a los delitos contra las personas en su realidad física corporal [...]». CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, ob. cit., págs. 698 y s.: «Creo, sin embargo, que habría que entender por delitos contra las persona únicamente los delitos contra la vida humana independiente y contra la integridad corporal y la salud, pues en la Ciencia del Derecho penal española no se había alzado voz alguna en favor de una ampliación del campo de aplicación de la agravante de alevosía, ni parece aconsejable desde el punto de vista político-criminal y ésa parece ser, también, la voluntad del legislador histórico. Ahora bien, debe considerársela aplicable, en principio, en los delitos contra la vida humana independiente y contra la integridad corporal y la salud, con independencia del Título en que estén regulados y aunque en algún caso se proteja al mismo tiempo otro bien jurídico [...]». MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 490: «[...] la circunstancia de *alevosía*, en la que el art. 22,1ª reproduce la redacción del Código penal anterior al entenderla aplicable sólo a ‘delitos contra las personas’, clasificación que ya no existe en el Código penal vigente. La interpretación histórica empuja a considerar que la reproducción de la definición clásica pretendía también reproducir su contenido, por lo que afectaría a los delitos antes incluidos bajo tal rúbrica (hoy, homicidio, aborto y lesiones)». QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, ob. cit., pág. 793: «A pesar de ser agravante genérica, la alevosía solamente es apreciable en los *delitos contra las personas*. El CP/1995 no contiene ningún Título así rubricado, a diferencia de lo que sucedía con el Código anterior, por cuyo influjo se ha mantenido intacta, en este aspecto, la descripción de la agravante. No obstante, conforme a una interpretación histórica puede convenirse que la circunstancia puede ser relevante para los cuatro primeros Títulos del Libro II». DEL ROSAL BLASCO,

3.2 Las razones (o principios) de inaplicación de la circunstancia agravante

Una vez dentro del ámbito de los delitos contra la vida y contra integridad física, diferentes motivos, sin embargo, conducen a que la alevosía ni siquiera resulte ser una circunstancia agravante aplicable en general a esta clase de delitos⁵²⁵. La razón de esta nueva restricción se encuentra en primer lugar en el artículo 67 del Código penal. Este artículo recoge dos excepciones a la aplicación de las circunstancias genéricas, en cuanto que excluye la aplicación de las reglas de determinación de la pena del artículo 66. La primera excepción se produce cuando una circunstancia agravante o atenuante se

Bernardo, «La alevosía en el Código Penal de 1995», ob. cit., pág. 286: «Por ello, aunque se reduzca el ámbito de aplicación de la alevosía a partir de una interpretación restrictiva de los términos de la definición legal, es conveniente que dicha circunstancia agravante no exceda del límite de los *delitos contra la vida y contra la salud*, de manera similar a como se establecía en el texto penal de 1932». ARIAS EIBE, Manuel José, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», ob. cit., 2005, págs. 7 y s.: «En relación con esta cuestión, a los efectos de la apreciación de la circunstancia agravante de alevosía deben entenderse por delitos contra las personas únicamente los delitos contra la vida humana independiente y contra la integridad corporal y la salud, pues no existe razón alguna que pueda justificar una ampliación de dicho ámbito, pero ello de forma independiente de la ubicación de la figura delictiva en concreto, esto es, lo relevante es que nos encontremos materialmente ante un delito contra la vida humana independiente, contra integridad corporal o contra la salud, se ubique donde se ubique en el texto punitivo la figura que concretamente venga en aplicación [...]». En contra CORDOBA RODA, Juan, «Artículo 22.1.^a», ob. cit., págs. 273 y s.: «Con ello se plantea la cuestión de cuáles son los ‘delitos contra las personas’ a los que se refiere el art. 22.1.^a del vigente CP. Una primera interpretación que se ha dado es la de entender que esta expresión debe ser entendida en un sentido equivalente al de la rúbrica del Tít. VIII del CP de 1973, cuyo contenido por lo demás no coincide con el de los cinco primeros títulos del Libro segundo del CP de 1995. Por nuestra parte entendemos, sin embargo, que para definir el significado de la indicada expresión del art. 22.1.^a, debe atenderse a lo que resulte de la interpretación literal, sistemática y teleológica, sin que frente a las mismas pueda prevalecer el antecedente histórico del precepto; y ello por la estricta aplicación de las normas lógicas de hermenéutica e interpretación. La presente circunstancia de agravación podrá, pues, así ser aplicada en relación a aquellos delitos cuya víctima sea una persona individual. Y dado que la alevosía consiste en un aseguramiento equivalente a la eliminación del riesgo de defensa, dicha circunstancia deberá ser estimada siempre que se trate de un delito en el que la víctima pueda defenderse y en el que consiguientemente tenga sentido que el agresor trate de eliminar tal riesgo de defensa».

⁵²⁵ CAMARGO HERNÁNDEZ, César, *La alevosía*, ob. cit., pág. 57: «[...] si profundizamos un poco en el estudio del tema, veremos que la alevosía, como agravante genérica, no es aplicable a todos los delitos contra las personas [...]». ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 103: la alevosía «sólo cabe aplicarla a unos solos delitos ‘los delitos contra las personas’». Pero nótese que habla el texto legal de cualquiera de estos delitos, y como vamos a ver tampoco es cierto, pues muchos de los delitos comprendidos en el mencionado título, excluyen su aplicación por ser incompatibles [sic] con los mismos». MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 98: «Si por ‘delitos contra las personas’ entendemos aquellos que bajo este epígrafe se contienen en el título VIII del Libro II del CP [de 1973], resultará que el legislador se ha excedido en la limitación que establece porque, como se comprobará, la alevosía no es aplicable como genérica a todos ellos». FERRER SAMA, Antonio, «Artículo 10.1», ob. cit., pág. 330: «Encabeza este artículo 10 la enumeración de ellas circunstancias agravantes con una que jamás debiera haberse colocado entre las de carácter genérico, toda vez que su ámbito de aplicación no es el de la generalidad de las infracciones, sino que, como el propio texto indica, sólo entran en juego respecto a un reducido grupo de ellas, cual es el de los delitos contra las personas. Pero la limitación es aún mayor, pues no es todos estos delitos puede ser apreciada la alevosía como circunstancia genérica [...]».

encuentra ya prevista (en la descripción o sanción) de un delito⁵²⁶, y la segunda tiene lugar cuando una circunstancia agravante o atenuante sea inherente al delito de tal forma, que éste no pueda cometerse sin concurrir la circunstancia⁵²⁷. Conforme a esta doble excepción, la alevosía no resulta aplicable como circunstancia agravante —es decir, según las reglas del artículo 66— a los delitos contra la vida y la integridad física o bien cuando éstos ya prevean la alevosía expresamente (en su descripción o sanción), o bien cuando ésta les resulte inherente tácitamente según el sentido visto.

Cabe el riesgo de confundir ambas razones o principios de exclusión —previsión e inherencia—, de manera que se piense que la previsión, recogida en la primera parte del artículo 67, no deja de ser sino una inherencia que en lugar de tácita se expresa en la descripción o sanción del delito. Sin embargo, no es así. Que una circunstancia se prevea en un delito no equivale a una inherencia expresa, sino a algo de menor valor desde el punto de vista de la constitución misma del delito. Al menos esto ocurre desde el sentido, no siempre respetado⁵²⁸, dado a inherencia por el artículo 67, según el cual una circunstancia es inherente a un delito cuando «sin la concurrencia de ella[s] no podría cometerse». Una circunstancia agravante o atenuante puede estar expresamente prevista en la descripción o sanción de un delito y a pesar de ello no ser inherente a él, es decir, que perfectamente sin su concurrencia el delito pueda cometerse. Un buen ejemplo es el asesinato; que en su descripción prevea, entre otras, la circunstancia de alevosía, no significa, sin embargo, que ésta sea inherente a este delito en el sentido del artículo 67, pues resulta lógicamente posible que sin la concurrencia de alevosía se pueda cometer un asesinato, lo que ocurre precisamente cuando comparece alguna o algunas de las otras circunstancias previstas⁵²⁹. Si la previsión y la inherencia recogidas en el artículo son reducibles a un único principio, éste no es el de inherencia sino el de

⁵²⁶ Art. 67 CP: «Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción [...]».

⁵²⁷ Art. 67 CP: «Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes [...] que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse»

⁵²⁸ Así por ejemplo la Jurisprudencia en la STS 2036/2011 de 11 de marzo se refiere al principio de inherencia respecto al abuso de superioridad en un sentido diferente al del artículo 67: «La superioridad de la que se abusa no ha de ser inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque, por las circunstancias concretas, el delito necesariamente tuviera que realizarse así».

⁵²⁹ Evidentemente es inherente al delito de asesinato que alguna o algunas de las tres circunstancias previstas en el 139 se dé, pero no que esa circunstancia sea justamente la alevosía.

*non bis in idem*⁵³⁰, pues en ambos casos la exclusión de la aplicación de la circunstancia tiene como objeto, en efecto, que ésta no vuelva a aplicarse una vez que ya fue tomada en cuenta expresamente en la previsión o tácitamente en el contenido inherente del delito.

Pero además del artículo 67, también fuera de él se encuentran otras razones para la inaplicación de la circunstancia agravante de alevosía a los delitos contra la vida y la integridad física, aunque se trate de principios complementarios a los de previsión e inherencia previstos en este artículo. En primer lugar, la previsión del artículo 67 debe ser complementada porque no sólo procede la inaplicación de una circunstancia a un determinado delito cuando éste la prevé, sino además, de manera complementaria, cuando la prevé un segundo delito distinto, que se ha formado como una mera adicción de la circunstancia a aquel primer delito. Un ejemplo servirá para explicarlo: que la alevosía esté prevista en el artículo 139 no conduce únicamente a que no deba aplicarse como circunstancia agravante —según las reglas del 66— al propio asesinato alevoso del 139, sino también a su inaplicación para otro delito distinto; el homicidio doloso del 138, porque el asesinato alevoso no resulta sino de la mera adicción de la alevosía al homicidio doloso.

Que esto sea así —que una circunstancia modificativa es inaplicable a un delito cuando ya existe otro formado por ese primer delito más esa circunstancia—, una vez desaparecido el artículo 59 del antiguo Código penal⁵³¹ que parecía servirle de fundamento, debe ahora apoyarse en las reglas del concurso de leyes del actual artículo 8 del Código. En virtud del concurso de leyes caben dos posibilidades de fundamentación; o recurrir al principio de especialidad (artículo 8.1) o al principio de alternatividad (artículo 8.4).

⁵³⁰ Así lo veía GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (Dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», ob. cit., pág. 434, respecto del antiguo artículo 59 del CP del 73 que con modificaciones se convirtió en el actual artículo 67: «[...] el artículo 59 supone, por consiguiente, una plasmación del elemental principio (*non bis in idem*) de que un mismo dato —por ejemplo, la traición— no puede ser sometido a un doble juicio de desvalor como alevosía del 406.1ª y como alevosía del 10.1ª [...]».

⁵³¹ Artículo 59 del Código penal de 1973: «No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyeren un delito especialmente castigado por la Ley o que ésta haya expresado al describirlo o sancionarlo. Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que, sin la concurrencia de ellas, no pudiera cometerse». Nos interesa la parte en cursiva y subrayada (por mí); el resto, sólo que refiriéndose tanto a circunstancias agravantes como también a atenuantes, ha pasado con pequeñas modificaciones a nuestro actual artículo 67.

Conforme al principio de especialidad el delito *especial* —por ejemplo: el asesinato alevoso— resulta de aplicación preferente frente al *general* —por ejemplo: homicidio doloso— debido a que el delito *especial* contiene los mismos elementos del *general* —ser un homicidio doloso— más algún otro especial añadido —la alevosía—. Como de acuerdo al principio de especialidad el delito *especial* —asesinato alevoso— excluye la aplicación del delito *general* —el homicidio doloso—, ya no hay lugar a que en éste último concurra el elemento *especial* de la circunstancia modificativa —la alevosía—, con lo que se obtiene lo que se quería fundamentar: la inaplicación a un delito *general* de una circunstancia cuando ya existe otro *especial* constituido por el delito general más esa circunstancia⁵³².

Sin embargo, esta manera de entender las cosas presupone que el concurso de leyes se tiene que resolver antes de que al delito (general), que entra en el concurso, se le aplique circunstancia modificativa alguna. Pero esto no es obvio necesariamente. De hecho, en nuestra doctrina, GIMBERNAT ORDEIG ha defendido lo contrario; que «las circunstancias genéricas del CP español, añadidas a los tipos del libro II, crean nuevos supuestos de hecho con elementos específicos que son decisivos para establecer relaciones de especialidad»⁵³³. Es decir, que el concurso de leyes —en concreto se refiere aquí al basado en la especialidad— se resuelve una vez que las circunstancias modificativas han entrado en juego estableciendo nuevos supuestos de hecho. Ahora bien, si el concurso se resuelve después de que al delito *general* se le aplique la circunstancia con la que se ha formado el delito *especial*, entonces no podrá continuar

⁵³² Ha empleado también el principio de especialidad para excluir la aplicación de circunstancias agravantes, apoyándose en su día en el antiguo artículo 59 del Código penal del 73, MIR PUIG, Santiago, «Sobre la relación entre parricidio y asesinato (Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986, 29 de septiembre de 1986 y 31 de octubre de 1987)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo 41, Núm. 3, 1988, pág. 995: «La finalidad de este precepto [antiguo artículo 59] es resolver los (aparentes) concursos de normas entre una circunstancia agravante genérica y una figura de delito que la prevé. El criterio que usa es el de especialidad, puesto que es más específico el tipo que prevé una circunstancia agravante que ésta, que es de aplicación general». En el caso de MIR PUIG, sin embargo, la relación de especialidad no se establece, como arriba, entre delitos (uno general y otro especial), sino entre un circunstancia agravante (genérica) y un delito que la prevé (que es más específico), lo cual parece dudoso que esté amparado por el artículo 8 del Código penal donde se regula el concurso de leyes, que parece destinado exclusivamente a delitos, es decir, como dice casi literalmente este artículo a dos o más preceptos conforme a los cuales los hechos son susceptibles de ser calificados; con arreglo meramente a una circunstancia agravante no puede calificarse ningún hecho, porque no cabe la calificación de un hecho meramente como alevoso, sino un como asesinato o unas lesiones alevosas. Crítico, por otros motivos, con la solución de MIR PUIG también GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (Dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», ob. cit., págs. 433 y ss.

⁵³³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Inducción y auxilio al suicidio», ob. cit., pág. 223.

existiendo entre ambos una relación de especialidad. Porque, en efecto, el delito *general* gracias a la adicción de la circunstancia modificativa da lugar a un nuevo supuesto de hecho —homicidio doloso+circunstancia agravante de alevosía— que ha dejado de ser *general* frente a aquel otro delito que ya prevé *especialmente* esta circunstancia en su descripción o sanción —asesinato alevoso como: homicidio doloso+alevosía—. En este caso, la relación entre el delito *general*+circunstancia y delito *especial* sólo puede ser de alternatividad, porque justamente «la alternatividad se distingue de las otras tres modalidades de concurso de leyes [además de la especialidad vista, la subsidiariedad (art. 8.2) y la consunción (art. 8.3)] por que en ella *las dos calificaciones* en conflicto abarcan, *no aspectos diferentes* de la conducta, *sino exhaustivamente todos los datos juricopenalmente relevantes*»⁵³⁴, y esta situación sucede justamente en nuestro caso; el delito *especial*, precisamente porque se ha formado uniendo en su descripción la circunstancia al delito *general*, abarca los mismos datos que el supuesto de hecho delito *general*+circunstancia modificativa⁵³⁵.

Cuestión distinta es ahora cómo haya de resolverse la alternatividad en el concurso de leyes. En virtud del Código (art. 8.4) la solución es que «el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con menor pena». Esta solución legal, aunque no siempre ha sido aceptada⁵³⁶, conduce en el ámbito que aquí interesa a un resultado adecuado, que es equivalente al que hemos obtenido al aplicar el principio de especialidad, y que además se acepta unánimemente. Pues, en el ámbito de la alevosía, frente al delito básico o general agravado por la circunstancia —(homicidio doloso del 138 o lesiones del 147)+circunstancia agravante del 22.1— el delito que prevé especialmente esta circunstancia —el asesinato de los artículos 139 y 140 o las lesiones

⁵³⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (Dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», ob. cit., pág. 437.

⁵³⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (Dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», ob. cit., pág. 438 nota 32, pone justamente como ejemplo la muerte alevosa de una persona: «[...] existe relación de alternatividad entre las dos calificaciones posibles aplicables a la muerte alevosa de otra persona, porque ese comportamiento es subsumible, al mismo tiempo, en el artículo 407 [CP 1973] con la agravante del 10.1.^a y el artículo 406.1^a, abarcando las dos calificaciones todos los datos juricopenalmente relevantes de la conducta».

⁵³⁶ GIMBERNAT ORDEIG GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (Dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», ob. cit., pág. 438, no estaba de acuerdo con aplicar mecánicamente la solución legal que en su día estaba prevista en el artículo 68 del antiguo Código penal y hoy en el 8.4 : «[...] acudir al art. 68, y declarar prevalente, con ello, la calificación que tiene la pena más severa [...] no puede constituir el argumento decisivo y único, ya que, como es sabido y tal como sucede, por ejemplo, en la relación parricidio-infanticidio, no siempre se resuelven los concursos de leyes con una aplicación mecánica del mencionado art. 68)».

cualificadas del 148.2— por castigarse más gravemente siempre será, conforme al principio de alternatividad, de aplicación, lo que a su vez conlleva la inaplicación de la circunstancia al delito básico, solución que, además de ser unánime en la doctrina⁵³⁷, es la misma ya obtenida aplicando el principio de especialidad. En cualquier caso, aunque la solución sea la misma, en este trabajo se adoptará la opción de resolver el conflicto de leyes mediante el principio de especialidad (y por tanto antes de que al delito general se le apliquen las circunstancias modificativas). Porque si el legislador prevé expresamente la especialidad de un delito en un precepto (el asesinato en el artículo 139) parece lógico pensar que con ello está cerrando la puerta a que dicha especialidad, aun cuando sea interpretativamente posible, pueda construirse poniendo en relación varios preceptos (el homicidio del artículo 138+la circunstancia modificativa).

Por último, de igual forma que el principio de la previsión en el delito de la circunstancia, recogido en el artículo 67, se ha complementado con el principio de especialidad, también el principio de inherencia, regulado en este mismo artículo, requiere de un complemento; el principio de incompatibilidad. Este principio, que no

⁵³⁷ CAMARGO HERNÁNDEZ, César, *La alevosía*, ob. cit., 1953: «[...] tampoco puede ser apreciada la alevosía en este delito [homicidio] como circunstancia genérica, pues su concurrencia lo transforma en otro distinto; el asesinato; y por lo tanto, obra como cualificativa» (pág. 59) y «Con relación a la lesiones graves [...] obra como circunstancia específica y no puede al mismo tiempo ser considerada como genérica» (pág. 61). MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 98: «[...] la alevosía ha sido configurada como circunstancia de agravación genérica y como cualificativa del asesinato en el art. 406, 1º; y de las lesiones graves el último párrafo del art. 420, ambos del CP [de 1973]. En estos, lógicamente, la alevosía no es aplicable como circunstancia genérica por cuanto que su concurrencia en ellos motiva la transformación de un delito en otro distinto». FERRER SAMA, Antonio, «Artículo 10.1», ob. cit., pág. 330: «Pero la limitación es aún mayor pues no en todos estos delitos [delitos contra las personas] puede ser apreciada la alevosía como circunstancia genérica, desde el momento en que en el homicidio, al concurrir la misma, queda cualificado el hecho como figura específica de asesinato [...]». PUIG PEÑA, Federico, «Alevosía», ob. cit., págs. 56 y s.: «Que no se puede aplicar como circunstancia genérica del homicidio, ya que cuando concurre en la muerte dolosa de un hombre pierde siempre su carácter genérico convirtiéndose en calificativa del asesinato [...]». PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 169: «No obstante, la apreciación de las circunstancias agravantes que son a su vez cualificativas del delito de asesinato conforme al art. 139 conducirá a la calificación por esta figura del delito, que es, como se ha dicho, de aplicación preferente frente al homicidio». GRACIA MARTÍN, Luis, en *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, ob. cit., pág. 90: «En cuanto a las circunstancias agravantes que se basan en una mayor gravedad de lo injusto, es preciso advertir que no podrán ser aplicables al delito de homicidio las agravantes típicas de sus tipos agravados, como el parricidio y el asesinato». PUENTE SEGURA, Leopoldo, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, ob. cit., pág. 447: «La circunstancia agravante de alevosía, como resulta bien sabido, es una de las tradicionalmente escogidas por el legislador para cualificar el homicidio y convertirlo en asesinato (artículo 139.1.º del Código Penal). En este sentido, un primer límite a la aplicación de la circunstancia agravante genérica será, precisamente, que no nos hallemos ante un homicidio en cuyo caso, como es obvio, el mismo no resultaría agravado conforme a las normas generales, sino que su correcta calificación penal, se convertiría por la presencia de la alevosía, en asesinato».

aparece de manera expresa en ningún artículo del Código, representa no obstante la contrapartida desde el punto de vista lógico del principio de inherencia; si éste último apunta a la imposibilidad lógica de que algo se dé —por ejemplo: el asesinato alevoso— sin que a la vez se dé necesariamente algo otro —en el ejemplo: la alevosía—, el principio de incompatibilidad muestra la imposibilidad de que algo se dé —por ejemplo: el homicidio doloso— si a la vez se da algo otro —en el ejemplo: imprudencia—. El principio de incompatibilidad, por último, conducirá a la inaplicación de la circunstancia de alevosía a aquellos delitos contra la vida y la integridad física respecto de los cuales sea incompatible de tal manera, que con la concurrencia de la alevosía no podrían cometerse.

Gracias a las reflexiones anteriores hemos obtenido un conjunto de principios —previsión en el delito, inherencia, especialidad e incompatibilidad— que servirán, en el siguiente apartado, de instrumento para determinar si concretamente cada uno de los delitos contra la vida y la integridad física admiten —en la medida en que no prevean la alevosía, ni les sea inherente, ni incompatible, ni la excluyan por razones de especialidad o alternatividad— la aplicación de la circunstancia agravante del artículo 22.1. A estos principios, sin embargo, debe añadirse a partir de la entrada en vigor de la LO 1/2015 de 30 marzo una nueva razón de inaplicación. Al establecerse en esta reforma la cadena perpetua para una serie de delitos respecto de los que en principio podría entrar en juego la alevosía, la aplicación de la circunstancia resultará irrelevante en la medida en que en no puede agravarse una pena de prisión prevista ya como absoluta.

3.3 Examen particularizado de los delitos contra la persona vida, integridad física y salud

Partiendo de que los diferentes delitos contra la vida y la integridad física son susceptibles *en principio* de caer bajo la aplicación de la circunstancia agravante, se procederá a continuación a un análisis de estas figuras delictivas lo suficientemente detallado como para poder determinar, de acuerdo a los principios y razones obtenidos en el apartado anterior, si *en último término* la aplicación efectiva sería jurídicamente correcta.

3.3.a) El homicidio

El lenguaje lego pre-jurídico emplea habitualmente el término “homicidio” con el significado de “matar a otro”. Aunque también el lenguaje jurídico-penal usa en ocasiones el término en este mismo sentido amplio⁵³⁸, por lo general los penalistas hablan de “homicidio” en un sentido bastante más estricto, que hace que el delito de homicidio se oponga a figuras delictivas como el asesinato (arts. 139 y 140 CP) o la cooperación ejecutiva al suicidio (art. 143.3 CP), pese a que ambas consistan evidentemente en casos de matar a otro —en el asesinato: concurriendo ciertas circunstancias, y en la cooperación ejecutiva al suicidio: siendo el sujeto pasivo un suicida—. Este sentido estricto o básico de homicidio como el hecho, sin otros añadidos, de matar a otro, bien sea de manera dolosa (art. 138) o imprudente (art. 142)⁵³⁹, es el que en este momento se pretende analizar, dejando para más adelante otras figuras derivadas del homicidio básico (doloso) en virtud de caracterizaciones cualificantes o privilegiantes añadidas⁵⁴⁰.

⁵³⁸ El ejemplo más destacado de este uso amplio es, sin duda, la denominación “Del homicidio y sus formas” dada al Título I del Libro II de nuestro Código penal.

⁵³⁹ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 24: «En el caso del homicidio sancionado, a título de dolo o imprudencia, en los arts. 138 y 142 (ó 621.2), no se añade ninguna nota especial al comportamiento de matar a otro, justamente porque se trata de la figura básica de los delitos contra la vida humana independiente».

⁵⁴⁰ WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, Edit.: De Gruyter, 11ª edición reelaborada y ampliada, Berlín, 1969, pág. 280: «Objetivamente el homicidio como el caso de muerte doloso simple conforma el tipo básico, al cual se conectan el asesinato como caso cualificado, la muerte a petición (§ 216) y el infanticidio (§ 217 [actualmente derogado en Alemania]) como casos de homicidio privilegiados [*Sachlich bildet der Totschlag als der einfache vorsätzliche Tötungsfall den Grundtatbestand, an den sich der Mord als qualifizierter Fall, die Tötung auf Verlangen (§ 216) und die Kindestötung (§ 217) als privilegierte Totschlagsfälle anschließen*]. En contra WOESNER, Horst, «Moralisierende Mordmerkmale», ob. cit., pág. 1025: «Asesinato y homicidio se posiciona uno junto a otro como delitos autónomos, una relación de cualificación entre ellos se excluye. Esto significa que las circunstancias del asesinato no son causas para la agravación de la pena sino factores caracterizadores del tipo [*Mord und Totschlag stehen als eigenständige Delikte nebeneinander, ein Qualifikationsverhältnis zwischen ihnen scheidet aus. Das bedeutet, daß Mordmerkmale keine Strafschärfungsgründe, sondern tatbestandsprägende Faktoren sind*]. En todo caso el homicidio doloso sería el tipo básico respecto a las formas privilegiadas y agravadas, pero no sería básico respecto al homicidio imprudente, como bien ha visto GIMBERNAT ORDEIG, pues el homicidio imprudente junto al doloso constituyen ambos la forma básica. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Recensión a Cerezo Mir, José: Curso de Derecho penal, Parte General, vol. III, Teoría jurídica del delito/2, Tecnos, Madrid 2001, 319 pp.», ob. cit., pág.: «[...] la expresión ‘homicidio’ que aparece en el epígrafe del Título I del Libro II coincide en el nombre, pero no en el contenido, con el del homicidio doloso tipificado en el art. 138, siendo aquél un *concepto genérico* que abarca a *todas las especies* (‘formas’) recogidas en dicho Título, desde el art. 138 (homicidio *doloso*) hasta el 143 (inducción y cooperación necesaria al suicidio, y homicidio consentido). Y es que el art. 138 no puede ser la conducta básica sobre la que se construyen las restantes variantes del Título —entre ellas, el asesinato—, porque en un homicidio *doloso*, caracterizado conceptualmente porque se mata a otro con *voluntad* de hacerlo, es imposible lógicamente subsumir —en consecuencia: el art. 138 *no* es la conducta básica y genérica— el homicidio *imprudente* (tipificado en el art. 142), que tiene como requisito esencial, obviamente, la imprudencia, es decir: el no-dolo. Por tanto, el verdadero concepto básico y genérico, y que tiene la mera

Respecto del homicidio básico no existe en relación con el principio de inherencia ninguna dificultad para la aplicación de la circunstancia; la alevosía no es inherente al homicidio porque se puede matar a otro sin la concurrencia de alevosía; es posible cometer un homicidio no alevoso. En cuanto a la compatibilidad, el homicidio, en su forma imprudente, es en todo caso incompatible con la alevosía, pues esta circunstancia requiere, como vimos en el capítulo anterior, al menos la presencia de dolo eventual. La forma dolosa de homicidio, en cambio, resulta *en principio* perfectamente compatible con la alevosía; matar dolosamente a otro no está reñido en absoluto con hacerlo alevosamente⁵⁴¹. En verdad, tan compatible resulta el homicidio doloso con la alevosía, que a partir de su combinación se ha constituido una de las modalidades del delito cualificado de asesinato (art. 139.1).

Pues bien, a pesar de que la alevosía ni es inherente al homicidio, ni tampoco incompatible con el homicidio doloso, es precisamente la mencionada existencia del asesinato alevoso la razón que impide la aplicación de la circunstancia agravante al delito de homicidio. Porque como se ha indicado anteriormente el principio de especialidad conduce a la aplicación del asesinato (delito *especial*) frente al homicidio doloso (delito *general*), al que ya no será posible agravar con la circunstancia.

3.3.b) El asesinato

Sin necesidad de acudir a otro principio, es obvio que la aplicación de la circunstancia agravante de alevosía queda excluida del asesinato conforme al principio de *non bis in idem*, que se manifiesta en la regla de previsión en el delito del artículo 67: la agravante de alevosía no se aplica al asesinato porque este delito ya ha tomado en cuenta la alevosía en su descripción (art. 139 circunstancia 1ª). Más interesante, en cambio, y sin duda de amplio alcance —pues a su respuesta se vincula la naturaleza jurídica autónoma o dependiente del asesinato— resulta la cuestión de conforme a qué naturaleza queda prevista en el asesinato la alevosía. Utilizando la terminología del

función ordenadora de agrupar en un mismo Título todos los delitos contra la vida, es el ‘homicidio’ que figura en la rúbrica del Título I, y que se ha construido mediante un proceso de abstracción, del que se han suprimido, entre otras y por ejemplo, las diferencias específicas de dolo (art. 138), alevosía, precio, recompensa o promesa, y ensañamiento (arts. 139 y 140), e imprudencia (art. 142)».

⁵⁴¹ En cualquier caso esto tiene que ver con como se entienda el homicidio doloso del artículo 138, si se entiende a la manera de GIMBERNAT ORDEIG y ciertos códigos antiguos, su relación es de exclusión con el asesinato y como elementos negativos del homicidio doloso estaría el que no se den la alevosía, el precio o el ensañamiento.

Código (art. 14) la pregunta sería la siguiente: ¿es la alevosía en el 139 un hecho constitutivo, cualificante o agravante?

Evidentemente, no es una agravante; como hemos visto hasta aquí, la alevosía del 22.1 al incorporarse a la infracción especial del asesinato pierde su naturaleza de agravante, porque, según el artículo 67, ya no se le aplican las reglas de determinación de penas del artículo 66 para agravantes y atenuantes.

Quedan, entonces, dos posibilidades; o bien que sea un hecho constitutivo o bien uno cualificante. Empezando por la primera opción, es cierto que en determinado sentido podría afirmarse que *desde la perspectiva del asesinato* la alevosía en el 139 es un hecho constitutivo⁵⁴², puesto que un asesinato no está plenamente constituido hasta que, además del elemento de “matar a otro (dolosamente)”, no concurre al menos alguna de las tres circunstancias del 139 (alevosía, precio, recompensa o promesa, y/o ensañamiento)⁵⁴³. Pero esto no debe hacer olvidar que la alevosía, en sí misma, no es constitutiva en el 139 al mismo nivel que lo es el hecho de “matar a otro (dolosamente)”, porque mientras este último elemento es inherente al asesinato —que no se puede cometer sin que se mate a otro dolosamente— la alevosía no es inherente —pues siempre queda abierta la posibilidad de cometer un asesinato no alevoso, por ejemplo con ensañamiento—⁵⁴⁴. Por otra parte, puestos *en la perspectiva del homicidio (doloso)* la alevosía prevista en el 139 tampoco se muestra como un hecho constitutivo, sino que aparece como el añadido de un elemento accidental a la acción esencial de “matar a otro (dolosamente)” recogida ya en el 138⁵⁴⁵. Carácter accidental de la alevosía

⁵⁴² En realidad, bien mirado las circunstancias que agravan o cualifican son siempre elementos esenciales desde la perspectiva del correspondiente delito agravado o cualificado, pues éste sin aquellas no podría darse. En este sentido PAGLIARO, Antonio, *Principi di Diritto Penale, Parte Generale*, ob. cit., pág. 465: «Habitualmente, para definir las circunstancias del delito, se dice que se trata de elementos accidentales del delito, en contraposición a los elementos esenciales. Pero la contraposición es errónea, porque respecto al tipo de la figura circunstanciada, las circunstancias son elementos esenciales como los otros [Spesso, per definire le circostanze del reato, si dice che si tratta di elementi accidentali del reato, in contrapposto agli elementi essenziali. Ma la contrapposizione è erronea, perché rispetto alla fattispecie della figura circostanziata, le circostanze sono elementi essenziali quanto gli altri]».

⁵⁴³ Como luego se verá, a partir de la entrada en vigor de la reforma de la LO 1/2015 de 30 de marzo se introducido una nueva circunstancia para el asesinato: cometer el hecho para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.

⁵⁴⁴ Se podría oponer que lo que sí es inherente al asesinato es que siempre se dé alguna (o algunas) de las circunstancias del 139, pero eso no impide que el que se dé concretamente una u otra es accidental para el delito, que puede perfectamente cometerse con una u otra circunstancia.

⁵⁴⁵ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, I Infracciones contra la persona en su realidad física*, ob. cit., pág. 237: «En el asesinato, en cambio, no existe una peculiaridad de fondo que lo caracterice frente a otras figuras homicidas; se mata a una persona

que se confirma desde el *plano de la punibilidad*, pues la alevosía no es por sí sola punible, sino en tanto que se da en (=es accidental⁵⁴⁶) el homicidio doloso (o en otro delito contra las personas), pero igualmente desde el *plano ontológico*, porque al caracterizarse la alevosía como una modalidad de acción tampoco puede existir por sí misma, desvinculada de la acción, sino que necesita darse en (= ser accidental) la acción de matar a otro dolosamente (o en la de otro delito contra las personas) para tener realidad como modalidad⁵⁴⁷.

Si la alevosía recogida en el 139 no es ni una agravante, porque queda excluida de las reglas de penalidad del 66 de agravantes y atenuantes, ni tampoco un hecho constitutivo del asesinato, porque no es inherente al asesinato sino que lo conforma accidentalmente a partir del homicidio doloso, entonces sólo queda la posibilidad de que se trate de un hecho o circunstancia cualificante del homicidio doloso en asesinato⁵⁴⁸. En

cualquiera, [...] y lo que da calor al tipo en nuestra dogmática es precisamente la adicción de modalidades comisivas, que alternativamente pueden calificar o no, con lo que se acredita su papel materialmente accesorio y circunstancial, bien que en lo formal sea decisivo».

⁵⁴⁶ Según la conocida definición de ARISTÓTELES, *Metafísica*, 1025 a, «‘Accidente’ se llama aquello que se da en algo [...] Así pues, el accidente se produce o es, pero no en tanto que él mismo, sino en tanto que otra cosa» (traducción de Tomás CALVO MARTÍNEZ, Edit.: Gredos, Madrid, 1998).

⁵⁴⁷ A esto evidentemente no es ajeno el hecho de que el artículo 139 hable precisamente de circunstancias, porque el término “circunstancia” (del latín *circumstantia*) significa justamente lo que está en torno, pasando a ser definido por la RAE en su primera acepción como «Accidente de tiempo, lugar, modo, etc., que está unido a la sustancia de algún hecho o dicho». Para una definición penal de “circunstancia” confirmando la filológica, por ejemplo ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, ob. cit., 2003, pág. 437 y s.: «Circunstancia del delito es en general lo que está en torno al delito (*circum stat*). Implicando por su naturaleza la idea de accesoriedad, ella presupone necesariamente lo principal, el cual está constituido por un delito perfecto en su estructura [*Circostanza del reato è in genere ciò che sta intorno al reato* (*circum stat*). Implicando per sua indole l’idea dell’accessorietà, essa presuppone necessariamente il principale, il quale è costituito da un reato perfetto nella sua struttura]».

⁵⁴⁸ Con dicha naturaleza la ha entendido el Tribunal Supremo en diversas sentencias: STS 636/2010 de 28 de enero: «[...] la alevosía que cualifica el homicidio como asesinato [...]»; STS 2268/2010 de 15 de marzo y STS 1867/2010 de 23 de marzo: «La alevosía, que cualifica el asesinato respecto al tipo genérico del homicidio, existe cuando el sujeto emplea en su ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarlo, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido, (art. 22-1º del CP)»; STS 3967/2010 de 29 de junio: «En el Código Penal vigente, en el art. 22.1ª, la alevosía se encuentra expresamente delimitada en su ámbito de aplicación a los delitos contra las personas, concretándose como la primera de las circunstancias que cualifican el asesinato en el citado art. 139 de dicho código»; STS 4959/2010 de 17 de julio: «Queda así avalada la circunstancia de alevosía como cualificadora del tipo de asesinato previsto en el art. 139.1ª del C. Penal»; STS 5298/2010 de 11 de octubre: «[...] la alevosía, ya como cuestión de fondo, es decir como cualificación del delito de asesinato [...]»; STS 7333/2010 de 22 de diciembre: «[...] la agravante de alevosía que cualifica el homicidio [...]»; STS 5913/2011 de 15 de julio: «La alevosía, que cualifica el asesinato respecto al tipo genérico del homicidio [...]»; STS 5144/2011 de 19 de julio: «[...] la aplicación de la alevosía cualificadora del asesinato»; STS 7993/2011 de 25 de noviembre: «La alevosía, como circunstancia que tiene trascendencia de cualificar el homicidio dando lugar al tipo de asesinato»; STS 9269/2011 de 29 de diciembre: «Como recoge la propia sentencia de instancia, el delito de asesinato es un homicidio cualificado. Es un homicidio en el que concurre una o varias circunstancias de agravación específica concretas (alevosía, ensañamiento, precio, recompensa o promesa)»; STS 9339/2011 de 30 de diciembre:

realidad, se utilice la denominación que se quiera utilizar, es prácticamente unánime en la dogmática conferir a la alevosía en el 139 la naturaleza intermedia entre un hecho constitutivo y una agravante de una circunstancia cualificante, así como sus correspondientes consecuencias. De esta forma, se la llame como se la llame, nadie le atribuye los efectos que, según el artículo 14, tiene un error sobre un hecho constitutivo, pues a nadie se le pasa por la cabeza que en el marco del 139 un error invencible sobre la alevosía excluya la responsabilidad criminal, como también es extremadamente raro que se llegue a pensar que siendo el error vencible se castigue el asesinato como imprudente⁵⁴⁹, calificación que, por otra parte, resultaría incompatible con este delito⁵⁵⁰. De igual modo, nadie trata a la alevosía del 139 de acuerdo a los efectos previstos por el artículo 66 para una agravante, por ejemplo compensando la alevosía del asesinato con cualquier atenuante del artículo 21. Porque, en definitiva, en el marco del 139 a la alevosía en ocasiones se la trata como una agravante negando su carácter de hecho constitutivo (error), pero en otras se la considera equiparable a un hecho constitutivo negándole los efectos de las agravantes (artículo 66), tiene que concluirse que su naturaleza en este ámbito es intermedia a ambas caracterizaciones⁵⁵¹, y además que esa

«La alevosía, como circunstancia que tiene trascendencia de cualificar el homicidio dando lugar al tipo de asesinato [...]»; STS 770/2012 de 24 de enero: «En este punto, es importante subrayar que siendo la alevosía una circunstancia cualificativa del asesinato, la extraordinaria exacerbación penológica que ello supone (el homicidio se sanciona con prisión de diez a quince años y el asesinato con prisión de quince a veinte años) impone un criterio sumamente riguroso y restrictivo a la hora de admitir la concurrencia de la citada agravante cualificativa»; STS 1131/2012 de 22 de febrero: «[...] la *alevosía* como circunstancia que cualifica el homicidio convirtiéndolo en asesinato»; STS 5681/2013 de 27 de noviembre: «[...] la circunstancia de *alevosía*, cualificadora de la figura de asesinato [...]»; STS 557/2014 de 29 de enero: «Si se encaminaba a combatir la alevosía y si, como se razonará, esta Sala entiende que no concurre base suficiente para apreciar esa circunstancia cualificadora [...]».

⁵⁴⁹ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 185: «Un hipotético error (algo difícil de imaginar en el autor del hecho, pero no tanto en supuestos de coautoría y de participación) sobre (el aspecto objetivo de) una circunstancia cualificativa de asesinato, no conduce nunca, si concurre dolo de matar, a la solución prevista en el art. 14.1 para el error invencible o vencible sobre ‘un hecho constitutivo de la infracción pena’: ni a la exclusión completa de la responsabilidad (en caso de error invencible), ni a una responsabilidad por imprudencia (si es vencible el error)».

⁵⁵⁰ No obstante véase GRACIA MARTÍN, Luis, en *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, ob. cit., pág. 137 y s.: «En mi opinión, y en contra de lo que piensa la doctrina mayoritaria, y tal vez unánime, creo que no debe descartarse la punibilidad del asesinato por imprudencia en el caso de la muerte con las circunstancias que pertenecen al tipo del injusto. [...] el error vencible sobre una circunstancia calificativa del asesinato perteneciente al tipo de lo injusto [al que pertenece la alevosía según el autor (*ob. cit.*, págs. 110 y 126)] debe determinar la comisión por imprudencia del asesinato». Con la opinión mayoritaria parece que lo adecuado es apreciar un delito de homicidio doloso en la medida en que se mantenga el dolo en relación con el resultado de muerte.

⁵⁵¹ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 185: «[...] las características del asesinato no pueden ser consideradas elementos constitutivos de un delito absolutamente distinto o independiente del homicidio, pero tampoco como simples circunstancias genéricas de agravación del homicidio común». MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, ob.

naturaleza mixta puede ser nombrada bajo la caracterización de (circunstancia) cualificante, porque nada lo impide, es más el artículo 14 lo permite, y además se posibilita una clarificación y delimitación frente a naturaleza y efectos de los hechos constitutivos y agravantes.

Aunque se ha acudido a múltiples argumentos para defender la autonomía o dependencia del asesinato⁵⁵², aquí sólo quiero destacar que respecto de nuestro objeto —la naturaleza de la alevosía en el 139— y en relación con el resultado al que se ha llegado —la alevosía en el 139 es una cualificante del homicidio doloso en asesinato— la solución adecuada y coherente es considerar al asesinato alevoso como un delito cualificado, ni autónomo, en cuanto que comparte el núcleo básico del 138 de “matar a otro dolosamente”, ni tampoco agravado, en la medida en que a sus circunstancias no son aplicables las reglas de atenuantes y agravantes del artículo 66⁵⁵³. Según esta manera de ver las cosas, claro que puede mantenerse que un asesinato no es un

cit., pág. 635: «Por otra parte, es de la mayor importancia destacar que la *alevosía es una de las circunstancias que convierten el homicidio en la figura más grave del asesinato*. Ésta es la función más importante que corresponde en la práctica a la alevosía, cuya aplicación tiene lugar preferentemente como elemento del delito de asesinato. Y entonces no opera ya como circunstancia agravante en el sentido del art. 22, 1ª».

⁵⁵² Estos argumentos van desde la historia de nuestra codificación penal, pasando por la demostración criminológica de un tipo de autor asesino y por la necesidad político-criminal de una mayor prevención, para llegar a diferentes cuestiones dogmáticas (error, aplicación de las reglas del art. 66, participación, etc.). Un buen repaso de los argumentos utilizados por ambas posturas puede consultarse en GRACIA MARTÍN, Luis, en *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, ob. cit., págs. 24-28 y también en PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Estudios sobre el delito de asesinato*, ob. cit., págs. 104 y ss.

⁵⁵³ Ya en este mismo sentido: PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 187: «[...] el asesinato, en sus distintas hipótesis, es una variedad cualificada de homicidio, que constituye su tipo básico, y las ‘circunstancias’ del asesinato son elementos de un tipo cualificado de delito, a las que no pueden ser aplicadas sin más las reglas correspondientes a las circunstancias agravantes genéricas»; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Teoría y práctica del Derecho penal, Tomo II*, ob. cit., pág. 1001: «Desde nuestro punto de vista el asesinato [...] es un caso de homicidio cualificado [...]»; PUENTE SEGURA, Leopoldo, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, ob. cit., pág. 447: «La circunstancia agravante de alevosía, como resulta bien sabido, es una de las tradicionalmente escogidas por el legislador para cualificar el homicidio y convertirlo en asesinato (artículo 139.1.º del Código Penal)». En contra MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte especial*, ob. cit., pág. 45: «El asesinato no es, por consiguiente, más que la muerte de otra persona ejecutada con las circunstancias mencionadas en el art. 139. Del tenor literal se desprende que basta la concurrencia de una de ellas para elevar la muerte de una persona a la categoría de asesinato. Pero esto no quiere decir que el asesinato sea un mero homicidio cualificado. En realidad, el asesinato es un delito diferente, independiente y autónomo del homicidio»; SERRANO MAÍLLO, Alfonso, «Elementos de autor en el asesinato», ob. cit., pág. 423: «A mi modo de ver, pues, la naturaleza jurídica del asesinato es distinta a la del homicidio, se trata de un delito diferente y no de un mero homicidio cualificado por la concurrencia de una circunstancia agravante específica —con todas las consecuencias que ello conlleva»; SERRANO GÓMEZ, Alfonso / GÓMEZ MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 39: «[...] en nuestra opinión el legislador ha mantenido el asesinato como figura independiente y distinta a la del homicidio».

homicidio (doloso) y que se trata de un delito distinto, pero únicamente en el mismo sentido en que se dice por ejemplo que un hombre no es un animal y que es distinto a éste, o que por ejemplo un guardia, en los antiguos bancos de los tranvías reservados para un guardia y tres personas, no era igual a éstas últimas y era distinto, es decir, no porque los asesinatos no sean homicidios dolosos, los hombres animales, y los guardias personas, sino porque además de ser eso son todavía algo más; los asesinatos además de ser homicidios (dolosos) están circunstanciados, los hombres además de ser animales son racionales, y los guardias además de ser personas son agentes de autoridad pública. Lo importante, en todo caso, es retener que, al igual que en los dos ejemplos mencionados (hombre-animal, guardia-persona), la relación asesinato-homicidio (doloso) es una relación especie-género⁵⁵⁴, y que de acuerdo a ello el asesinato es distinto y se diferencia del homicidio en la misma medida en que la especie es distinta y se diferencia del género.

Una vez entendida la alevosía dentro del asesinato como una circunstancia cualificante y correspondientemente el asesinato alevoso como un delito cualificado, podemos encontrarnos ante distintas situaciones. La primera de ellas sucede cuando tratando de acreditar la alevosía en ámbito del 139 no sea posible confirmar su concurrencia. En este caso cuando no pueda apreciarse, objetivamente o subjetivamente por error (art. 14.2), el elemento específico de la alevosía en el delito especial de asesinato quedará abierta la responsabilidad, supuesta la comisión dolosa, por el delito genérico de homicidio doloso⁵⁵⁵. No obstante, la falta de la alevosía no siempre debe

⁵⁵⁴ GRACIA MARTÍN, Luis, en *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, ob. cit., pág. 142: «Debe estar claro que entre el asesinato y el homicidio hay una relación de concurso de leyes que se resuelve por el principio de especialidad a favor del delito de asesinato, que desplaza al homicidio simple del art. 407 CP». PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 187, quien afirma que «entre ambos tipos de delito existe una relación lógica de especialidad (o inclusión) en el sentido del art. 8, regla 1ª». En contra (en referencia al Código penal de 1973) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Concurso de leyes, error y participación en el delito (A propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Peñaranda)», ob. cit., pág. 381: «Por todo ello, me reafirmo en la siguiente tesis: el artículo 407 no es, como piensa PEÑARANDA, el concepto genérico de todos los delitos contra la vida, sino que es, por el contrario, un tipo *residual*: en él sólo son subsumibles aquellas muertes que *no* tienen como sujetos pasivos a los especificados en el 405, en las que *no* concurren las circunstancias del 406, que *no* se llevan a cabo con el consentimiento de la víctima (409, inciso 2), y que *no* se causan ni por los autores ni con el móvil descritos en el 410».

⁵⁵⁵ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 187: «[...] puesto que todo asesinato es un supuesto particular de homicidio doloso (ley general), es posible acudir siempre a esta última figura de delito cuando falte algún requisito para la apreciación del asesinato».

conducir a calificar los hechos meramente como un homicidio doloso, dado que en algunos supuestos lo adecuado será apreciar junto al homicidio la circunstancia agravante de abuso de superioridad (art. 22.2)⁵⁵⁶. Se trata de casos en los que los elementos fundadores de la alevosía aunque desvirtuados subsisten en cierta medida tal que hace posible la entrada en juego de la agravante de abuso de superioridad. Esto ocurre porque el abuso de superioridad, como es generalmente

⁵⁵⁶ STS 1286/2014 de 5 de marzo: «Ahora bien, el hecho de que no concurra una agravación por alevosía no impide que se aplique en el presente caso la agravante de abuso de superioridad, puesto que aquella roza o se halla en el límite de esta, de ahí el tratamiento jurisprudencial que se le da al abuso de superioridad como una alevosía de índole menor (SSTS 647/2013, de 16-7 ; y 888/2013, de 27-11, entre otras)» y STS 417/2015 de 13 de febrero: «Esta Sala se ha pronunciado afirmando la existencia de la agravante de abuso de superioridad en supuestos como el que examinamos en los que el Tribunal de instancia no apreció la concurrencia de la alevosía». Esto ocurre además de en las sentencias citadas, por ejemplo, en las STS 1479/2010 de 2 de marzo; STS 636/2010 de 28 de enero; STS 544/2010 de 2 de febrero; STS 4230/2010 de 7 de julio; STS 5298/2010 de 11 de octubre; STS 6191/2010 de 5 de noviembre; STS 7043/2010 de 2 de diciembre; STS 8680/2011 de 16 de diciembre; STS 8848/2011 de 22 de diciembre; STS 9339/2011 de 30 de diciembre; STS 409/2012 de 20 de enero; STS 770/2012 de 24 de enero; STS 2742/2012 de 10 de abril; STS 5103/2012 de 10 de julio; STS 140/2013 de 15 de enero; STS 6356/2013 de 11 de diciembre; STS 557/2014 de 29 de enero; STS 2853/2014 de 18 de junio; STS 841/2015 de 3 de marzo. En la STS 9339/2011 de 30 de diciembre los hechos pasan a calificarse de asesinato cualificado con alevosía y ensañamiento a un asesinato con ensañamiento agravado por abuso de superioridad. En la STS 910/2010 de 25 de febrero el paso de la alevosía al abuso de superioridad se acepta de forma teórica aunque luego no se aplica a efectos prácticos. En la STS 3550/2011 de 8 de junio la defensa propone frente a la calificación por asesinato alevoso la alternativa de apreciar un homicidio en todo caso agravado por un abuso de superioridad, sin embargo el recurso no prospera por subsistir para el Tribunal la alevosía. En la STS 5136/2012 de 26 de junio el Tribunal Supremo considera que una de las dos muertes causadas por el autor no puede entenderse como alevosa porque sólo se disminuyó, sin anularse, las posibilidades de defensa, aunque al final no aprecie la agravante de abuso de superioridad por su falta de relevancia punitiva dado que el caso concurre ya la atenuante genérica de dilaciones indebidas. En la STS 8288/2012 de 5 de diciembre en lugar de un homicidio consumado y uno tentado agravados ambos por el abuso de superioridad la acusación y el Ministerio fiscal piden asesinato alevoso consumado y tentado, pero el Tribunal Supremo no lo admite. En la STS 4016/2013 de 11 de julio la acusación particular pide asesinato alevoso, pero el Tribunal Supremo considera concurrente el homicidio con abuso de superioridad. Por otra parte no son raros los casos en los que se oscila en las distintas instancias de la alevosía al abuso de superioridad: así en la STS 692/2011 de 28 de enero la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria condena por asesinato alevoso con agravante de parentesco, el Tribunal Superior de Justicia de las Palmas por homicidio con agravante de abuso de superioridad y el Tribunal Supremo de nuevo por asesinato alevoso; en la STS 3106/2012 de 30 de abril la Audiencia de Jaén califica los hechos como asesinato alevoso con ensañamiento, posteriormente el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía revoca esta calificación apreciando un homicidio con abuso de superioridad, y finalmente el Tribunal Supremo casa la sentencia del Tribunal Superior apreciando de nuevo el asesinato alevoso con ensañamiento; en la STS 3134/2014 de 11 de junio la Audiencia provincial de Sevilla condena por asesinato alevoso, posteriormente en apelación el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía revoca la sentencia considerando los hechos como homicidio doloso con abuso de superioridad, finalmente en casación el Tribunal Supremo vuelve a considerar los hechos como asesinato alevoso; en la STS 3130 la Audiencia de Navarra considera los hechos como un asesinato alevoso, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra como homicidio agravado con abuso de superioridad, y el Tribunal Supremo de nuevo como asesinato alevoso; en la STS 3814/2014 de 7 de octubre la Audiencia provincial de Jaén condena por asesinato alevoso y con ensañamiento agravado por parentesco, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía por asesinato con ensañamiento agravado por abuso de superioridad y parentesco, y el Tribunal Supremo por asesinato alevoso y con ensañamiento agravado por parentesco; en la STS

admitido por doctrina⁵⁵⁷ y jurisprudencia⁵⁵⁸, constituye una “alevosía menor” o de “segundo grado”. En este sentido, el fundamento tanto de la alevosía como del abuso está relacionado con el derecho de defensa de la víctima, pero mientras la alevosía representa la eliminación de este derecho, de modo que el autor acaba completamente con las posibilidades de defensa de la víctima, el abuso de superioridad supone sólo un (notable) debilitamiento, causado o no por el autor, del derecho de defensa, en el que las posibilidades de defensa en lugar de anularse por completo están reducidas únicamente

662/2015 de 12 de febrero, la Audiencia provincial de Santa Cruz de Tenerife consideró los hechos como asesinato alevoso agravado por parentesco, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias como un homicidio agravado con abuso de superioridad y parentesco, y el Tribunal Supremo nuevamente como asesinato alevoso agravado por parentesco.

⁵⁵⁷ Así lo destaca GÓMEZ RIVERO, Carmen, quien se ocupa extensamente en su artículo «Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal», ob. cit., de analizar la delimitación entre el artículo 22.1 y el 22.2. ARIAS EIBE, Manuel José, «La alevosía de segundo grado o abuso de superioridad como circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal. Estudio jurídico penal y jurisprudencial», en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Núm. 32, Año II, Vol. 2, Noviembre 2006, pág. 30: «La mayor gravedad de la conducta en que concurre el abuso de superioridad se justifica en la medida en que podría encuadrarse en un estadio intermedio ubicado entre la conducta alevosa —más grave— y aquella conducta en que la víctima dispusiera de una completa normalidad defensiva».

⁵⁵⁸ STS 917/2010 de 28 de enero y STS 5615/2010 de 14 de octubre («‘alevosía menor’ o de ‘segundo grado’»); STS 544/2010 de 2 de febrero («evidente raíz alevosa, pero de naturaleza menor»); STS 910/2010 de 25 de febrero («‘cuasi alevosía’, ‘alevosía de segundo grado’ o ‘abuso de superioridad’ y «alevosía menor»); STS 1963/2010 de 16 de abril («alevosía de segundo grado»); STS 2110/2010 de 29 de abril («la alevosía, de la que el abuso de superioridad es sustancia menor o incompleta»); STS 3550/2010 de 8 de junio, STS 7732/2010 de 27 de noviembre y STS 7043/2010 de 2 de diciembre («alevosía menor o de segundo grado»); STS 4063/2010 de 18 de junio («la alevosía es una agravante que constituye —según la jurisprudencia— una forma cualificada de abuso de superioridad») y casi en idénticos términos STS 7043/2010 de 2 de diciembre; STS 6191/2010 de 5 de noviembre, STS 6212/2010 de 10 de noviembre y STS 7609/2010 de 28 de diciembre («alevosía menor»); STS 7544/2010 de 30 de diciembre («‘alevosía menor’ o de ‘segundo grado’»); STS 2230/2011 de 30 de marzo («alevosía de segundo grado o ‘cuasialevosía’»); STS 5144/2011 de 19 de julio («una alevosía menor o de segundo grado»); STS 8065/2011 de 15 de noviembre («‘alevosía menor’ o de ‘segundo grado’»); STS 8307/2011 de 22 de noviembre («una alevosía menor o de segundo grado»); STS 9136/2011 de 27 de diciembre («una alevosía menor o de segundo grado»); STS 409/2012 de 20 de enero («alevosía imperfecta o alevosía menor»); STS 770/2012 de 24 de enero («‘alevosía menor’); STS 1388/2012 de 16 de febrero («alevosía menor o de segundo grado»); STS 2742/2012 de 10 de abril («‘alevosía menor’ o ‘de segundo grado’»); STS 3015/2012 de 20 de abril («alevosía menor o de segundo grado»); STS 3485/2012 de 17 de mayo («una alevosía menor o de segundo grado»); STS 3487/2012 de 17 de mayo («una alevosía menor o de segundo grado»); STS 4940/2012 de 25 de junio («una alevosía menor o de segundo grado»); STS 5563/2012 de 17 de julio («alevosía menor»); STS 6345/2012 de 15 de septiembre («una alevosía menor o de segundo grado»); STS 7804/2012 de 7 de noviembre («una alevosía menor o de segundo grado» y «alevosía menor o imperfecta»); STS 7907/2012 de 28 de noviembre («una alevosía menor o de segundo grado»); STS 8931/2012 de 3 de diciembre («‘alevosía menor’ o ‘de segundo grado’»); STS 8288/2012 de 5 de diciembre («una alevosía menor o de segundo grado»); STS 140/2013 de 15 de enero («una alevosía menor o de segundo grado»); STS 3789/2013 de 25 de junio («una alevosía menor o de segundo grado»); STS 4302/2013 de 23 de julio («una alevosía menor o de segundo grado»); STS 557/2014 de 29 de enero («alevosía menor»); STS 1286/2014 de 5 de marzo («una alevosía menor o de segundo grado»); STS 1873/2014 de 12 de mayo («‘cuasialevosía’ o ‘alevosía de segundo grado’); STS 2223/2014 de 13 de mayo («alevosía menor»); STS 2841/2014 de 17 de junio («‘alevosía menor’ o ‘de segundo grado’»); STS 2853/2014 de 18 de junio («alevosía de segundo grado o cuasi alevosía»); STS 2700/2014 de 24 de junio («una alevosía menor o de segundo grado»); STS 5442/2014 de 26 de diciembre («una alevosía

en gran medida⁵⁵⁹. De esta manera cuando no pueda verificarse una completa eliminación de las posibilidades de defensa decae la opción del asesinato alevoso, pero resta todavía, si al menos dichas posibilidades estuvieron disminuidas de manera notable, la alternativa de calificar los hechos como homicidio doloso con la agravante de abuso de superioridad. Como bien ha señalado la STS 544/2010 de 2 de febrero, «el tema es relevante porque la alevosía cualifica el homicidio como asesinato, en tanto que la concurrencia de la agravante ordinaria de abuso de superioridad, agrava el

menor o de segundo grado»); STS 417/2015 de 13 de febrero («una alevosía menor o de segundo grado»); STS 2946/2015 de 21 de mayo («una alevosía menor o de segundo grado»).

⁵⁵⁹ Como se verá en el capítulo 4, para diferenciar la alevosía del abuso de superioridad utilizo un criterio cualitativo-cuantitativo, de modo que la concurrencia de la alevosía exige que el autor emplee medios, modos o formas (criterio cualitativo) que eliminen toda posibilidad de defensa (criterio cuantitativo). Frente a la alevosía, en el abuso de superioridad a la víctima todavía le restan posibilidades de defensa, y además ese debilitamiento de la defensa ha podido o no ser causado por el autor empleando medios. En cambio, la doctrina ha utilizado únicamente el criterio cualitativo, mientras la jurisprudencia ha recurrido sólo al criterio cuantitativo. Así en el caso de la doctrina: ARIAS EIBE, José Manuel, «La alevosía de segundo grado o abuso de superioridad como circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal. Estudio jurídico penal y jurisprudencial», ob. cit., pág. 32: «[...] mientras que en la alevosía la ventaja del agresor se residencia en los medios, modos o formas de ejecución empleados, en el abuso de superioridad la ventaja reside en la inferioridad de la víctima»; GÓMEZ RIVERO, Carmen, «Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal», ob. cit., pág. 41: «[...] si el sentido del verbo ‘emplear’ presupone la posibilidad de elegir una forma ejecutiva que no es consustancial al fin pretendido por el agente, su opción representa el resultado de un proceso electivo de un concreto medio, modo o forma ejecutiva: sólo si hay posibilidad de elegir puede hablarse del recurso a una técnica de ejecución especial como requiere la alevosía. Por el contrario, si la elección no existe sino que el desequilibrio de fuerzas es inherente a la situación, el agente ni elige ni puede elegir y, por ello, es imposible decir que emplea, que recurre a una forma ejecutiva especial; al contrario, lo único que hace es aprovecharse de una circunstancia dada, algo que es propio del número 2 del artículo 22 CP. En resumen, pues, el hecho de que en un caso el autor elija los medios y en otro se limite a beneficiarse de circunstancias concurrentes determina que mientras en el primero la razón de ser de la agravante deba verse en la *dinámica comisiva*, en el segundo resida en el *marco contextual* en que se desarrolla la acción»; ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 227: «A tales efectos lo que se valorará será, no ya la mayor o menor indefensión de la víctima, sino la voluntad del sujeto de prevalerse de su superioridad física, o por el contrario, la de emplear un medio, modo o forma que elimine la defensa del ofendido. Y de la misma forma, la incompatibilidad entre ambas, se manifestará claramente, desde el momento que de una misma causa no podrán derivarse dos efectos distintos. Ya que no es posible admitir, que en un mismo hecho, coexista una ventaja proveniente de medios típicamente aleves, con otra emanada de la diferencia entre las fuerzas naturales de agresor y agredido». Y en el caso de la jurisprudencia: STS 917/2010 de 28 de enero, STS 5615/2010 de 14 de octubre, STS 7544/2010 de 30 de diciembre, STS 8065/2011 de 15 de noviembre, STS 8307/2011 de 22 de noviembre, STS 9136/2011 de 27 de diciembre, STS 1388/2012 de 16 de febrero, STS 2742/2012 de 10 de abril, STS 3015/2012 de 20 de abril, STS 3485/2012 de 17 de mayo, STS 3487/2012 de 17 de mayo, STS 6345/2012 de 15 de septiembre, STS 7907/2012 de 28 de noviembre, STS 8931/2012 de 3 de diciembre, STS 3789/2013 de 25 de junio, STS 4302/2013 de 23 de julio, STS 1286/2014 de 5 de marzo, STS 2841/2014 de 17 de junio, STS 5442/2014 de 26 de diciembre y STS 2946/2015 de 21 de mayo (y también en término casi idénticos STS 2700/2014 de 24 de junio): «Es[t]a superioridad ha de ser tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía, que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando»; STS 2110/2010 de 29 de abril: «que tal superioridad produzca una notable disminución de las posibilidades reactivas de defensa del ofendido, sin precisar su eliminación, pues ello nos conduciría a la alevosía»; STS 5298/2010 de 11 de octubre: «Mientras que la alevosía conlleva la completa eliminación de cualquier posible defensa de la víctima el abuso de superioridad sólo

homicidio». Es decir, la diferencia de gravedad entre alevosía (mayor gravedad) y abuso de superioridad (menor gravedad) es un tema relevante porque da lugar a marcos penales de diferente gravedad; asesinato (mayor gravedad) en caso de la alevosía y homicidio doloso agravado (menor gravedad) para el abuso de superioridad. Que, siendo esto así, la circunstancia de alevosía se encuentre en el artículo 22 junto a una circunstancia de menor gravedad como el abuso de superioridad, tiene que empezar a

la debilita o reduce»; STS 5628/2010 de 21 de noviembre: «que la situación anterior [de superioridad] produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas pues en este caso nos encontraríamos en presencia de la alevosía»; STS 6212/2010 de 10 de noviembre: «La denominación de alevosía menor, da idea de la conceptualización de la superioridad como situación objetiva de desequilibrio aprovechada pro el autor de la agresión para facilitar la ejecución del delito impidiendo la defensa, sin llegar a reducirla en terminos [sic] tales que harían [sic] de aplicación la agravación de alevosía [sic]»; STS 7043/2010 de 2 de diciembre: «el abuso de superioridad significa la debilitación o la aminoración de cualquier posibilidad de defensa, no la total eliminación de que trata la alevosía»; STS 7609/2010 de 28 de diciembre: «que dicha superioridad produzca una disminución notable de las posibilidades de defensa del ofendido, sin llegar a eliminarlas, lo que patentiza su proximidad con la agravante de alevosía»; STS 2230/2011 de 30 de marzo: «Si se elimina totalmente la defensa de la agredida, asegurando el resultado sin riesgo, nos hallamos ante la cualificación de alevosía. Si la capacidad de defensa no resulta anulada, sino ostensiblemente disminuída [sic], operará la agravante de abuso de superioridad»; STS 5144/2011 de 19 de julio: «[...] la agravante de abuso de superioridad, cuya diferencia con la alevosía radica en que produce una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera, nos encontraríamos en presencia de la alevosía»; STS 409/2012 de 20 de enero: «participa de la misma estructura de la agravante 1ª del art. 22 CP, pero sin llegar en sus consecuencias al mismo grado de indefensión y desamparo en que se sitúa a la víctima»; STS 770/2012 de 24 de enero: «una alevosía de menor grado, caracterizada por un debilitamiento de la defensa de la víctima»; STS 5103/2012 de 10 de julio: «sin que haya pruebas para constatar que haya privado a ésta de absolutamente toda posibilidad de defensa, en cuyo caso procedería la apreciación de la alevosía, si produce una clara disminución de su capacidad de reacción, colocando a la agresora en una manifiesta posición de superioridad». STS 7804/2012 de 7 de noviembre «el abuso de superioridad no es más que una alevosía menor o de segundo grado, que coincide en sus elementos objetivo y subjetivo con la alevosía pero que se diferencia de ésta en circunstancias meramente cuantitativas en relación con el grado de indefensión de la víctima, que si en la primera es completa y total, en la segunda solo es parcial». STS 7840/2012 de 4 de diciembre y STS 8288/2012 de 5 de diciembre: «que esta superioridad ha de producir una notable disminución de las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando. Por eso la doctrina jurisprudencial viene considerando a esta agravante como una alevosía menor o de segundo grado». STS 140/2013 de 15 de enero: «[...] pues esta última [la alevosía] puede ser considerada a estos efectos como una modalidad agravada de aquélla, un abuso de superioridad que no debilita la defensa del ofendido sino que tiende a eliminarla». STS 1900/2013 de 8 de abril: «De lo antes expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en la existencia de una conducta agresora que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa, en cuanto supone el aseguramiento de la ejecución con ausencia de riesgo, frente al mero abuso de superioridad, que tiene presente una situación que tan solo tiende a debilitar la defensa que pudiera efectuarse». STS 2853/2014 de 18 de junio: «[...] los elementos típicos de la alevosía son los mismos que del abuso de superioridad, llamada también por esta Sala alevosía de segundo grado o cuasi alevosía. La única diferencia es la intensidad de una y otra. En la alevosía se asegura el resultado letal a la vez que se elimina cualquier riesgo de reacción defensiva del agredido, que pudiera soportar el agresor. Cuando el aseguramiento del resultado no es pleno nos hallamos ante el abuso de superioridad como es el caso, en que la víctima tuvo ciertas posibilidades de escapar de la agresión mortal evitando el resultado proyectado por los agresores». STS 417/2015 de 13 de febrero: «[...] esta última [alevosía] puede ser considerada a estos efectos como una modalidad agravada

hacer pensar que la alevosía tiene una inclusión problemática en dicho artículo como circunstancia *agravante* —aun cuando no la tenga como *cualificante*—.

La segunda situación posible consiste en que se acredite la alevosía en el marco del 139, dando la solución obvia de que los hechos queden subsumidos en el delito asesinato. Diferente es el tercer caso en el que además de la alevosía se presente otra u otras de las circunstancias del 139. Durante muchos años esta fue una cuestión problemática y debatida⁵⁶⁰. No obstante a partir de la entrada en vigor del Código penal de 1995 el debate parece *en buena medida* zanjado por la regulación legal del 140 que prevé un marco penal nuevo y naturalmente más grave para el caso de que en un asesinato concurren *más de una* de las circunstancias previstas en el 139.

Digo en buena medida, porque aún subsisten algunas cuestiones problemáticas que giran en torno a cómo deba interpretarse en el artículo 140 la expresión “más de una”. Según veo, existen dos interpretaciones igualmente erradas. Por una parte está aquella que ha intentando restringir, ciertamente en favor del reo, la aplicación del 140 mediante el siguiente argumento: para constituir el asesinato del 139 se agota ya una circunstancia, y luego para que sobre ese asesinato se dé lugar al 140 todavía se necesitan al menos dos (=más de una) más, es decir, las otras dos que quedan, por lo que

de aquélla, un abuso de superioridad que no debilita la defensa del ofendido sino que tiende a eliminarla».

⁵⁶⁰ La solución general era considerar a una de las circunstancias del asesinato como cualificante y a las otra u otras como agravantes, sin que existiera un criterio claro para determinar cuál era la cualificante y cuál o cuáles eran agravantes. CAMARGO HERNÁNDEZ, Cesar, *La alevosía*, ob. cit., pág. 58: «La alevosía concurre con otras circunstancias cualificativas. —En este supuesto la alevosía puede obrar como circunstancia agravante genérica siempre que se considere como cualificativa la otra concurrente». ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., págs. 106: «[...] cuando sean dos o más las circunstancias cualificativas, si tomamos para cualificarlo una que no sea la alevosía, ésta podrá apreciarse como genérica». MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., págs. 103 y s.: «Claro es que lo dicho no se opone a la posible apreciación de la alevosía como agravante genérica, en el supuesto de que, además de ella, concorra otra circunstancia de las catalogadas en el art. 406 CP como cualificativa, que se aplique como tal, pues en dicho caso sí podrá operar como genérica la de alevosía». QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, I Infracciones contra la persona en su realidad física*, ob. cit., pág. 237: «Así, si concurren varias de tales circunstancias [del asesinato], es una cualquiera de ellas la que cualifica, degradándose automáticamente todas las demás al rango ordinario de agravantes genéricas». Sin embargo, existía una solución minoritaria explicada por GRACIA MARTÍN, Luis, en *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, ob. cit., pág. 127: «Una tesis diferente mantienen, en solitario por lo que alcanzo a ver, Bustos Ramírez y Mir Puig, pues estiman que el asesinato ‘es un delito con pluralidad de hipótesis y que por tanto, la producción de cualquiera de ellas excluye la otras’ (Bustos) y que ‘en los tipos mixtos o alternativos, salvo que la ley lo diga expresamente normalmente no se concede ningún efecto agravante tasado a la presencia de más de una de las alternativas típicas’ (Mir Puig)». A ambas soluciones mayoritaria y minoritaria añadía el propio GRACIA MARTÍN, ob. cit., pág. 129 una tercera «del concurso ideal entre todas las agravantes concurrentes».

en el fondo la expresión “más de una” del 140 termina implicando siempre tres circunstancias: una para dar lugar al 139 (que ya no se cuenta en el 140) y dos más para constituir el 140⁵⁶¹. Esta interpretación se equivoca en que aunque es correcto favorecer al reo ahí donde caben dudas (*in dubio pro reo*), no lo es cuando no hay nada de que dudar, y no hay manera de poner en duda, ni siquiera no contando lo que se debería de contar —la primera circunstancia empleada para constituir el 139—, que “más de una” significa en el 140, desde el punto de vista lógico y literal⁵⁶², tres circunstancias, pero también dos⁵⁶³. Por otra parte está la otra interpretación que igualmente reduce el alcance del 140, pero en este caso en perjuicio del reo; el marco penal establecido en el 140 sólo sería aplicable cuando concurren dos circunstancias, pues si se presentara una tercera a ésta se la consideraría como una agravante dando lugar a un marco nuevo determinado por la aplicación en su mitad superior de la pena del 140⁵⁶⁴. Pero esto también es equivocado, porque el marco penal del 140 está previsto en toda su

⁵⁶¹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 87: «Puesto que un asesinato requiere de la presencia de una circunstancia cualificadora, sólo a partir de que la muerte de otro alcanza dicha cualificación, es posible que entre en aplicación el art. 140 y su dicción literal, cuando en un asesinato (para el que ha de concurrir una circunstancia cualificadora) concurren más de una de las expresadas en el artículo anterior (por tanto, dos más), exigiéndose por tanto la presencia de tres circunstancias para cualificar». En el mismo sentido SERRANO MAÍLLO, Alfonso, «Elementos de autor en el asesinato», ob. cit., pág. 428: «para la apreciación del asesinato agravado habrán de concurrir las tres circunstancias agravantes: si el artículo 140 exige para su aplicación que ‘en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el artículo’ 139, y para que exista un asesinato del propio artículo 139 ha de concurrir una, que al calificar el asesinato básico no podría tomarse en cuenta para la nueva agravación, entonces el ‘más de una’ (dos) implica que deberían probarse las tres».

⁵⁶² Los mismos autores reconocen lo forzado del razonamiento. CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 87: «Aunque esta interpretación es posible, y palía las criticadas consecuencias del incremento de la pena en aras a criterios estrictamente éticos, tiene el inconveniente de que jamás podrían concurrir más de dos circunstancias previstas en el artículo anterior en un asesinato, puesto que si la primera convierte el homicidio en asesinato y sólo a partir de entonces hay que contar la presencia de las demás, al sólo existir dos nunca podrían concurrir más de esta cifra, lo que vaciaría de contenido la referencia al ‘o más’, que contiene el artículo 140. La conversión, por ello, de esta interpretación en contraria al principio de vigencia hacen necesario su rechazo. (En ese sentido, vid., por ejemplo, SSTs 1531/2000, de 5 de octubre y 47/2004, de 23 de enero)». SERRANO MAÍLLO, Alfonso, «Elementos de autor en el asesinato», ob. cit., pág. 428, habla así de «una interpretación que fuerza un tanto la literalidad del texto pero que quizá sea más adecuada a partir de una consideración de los principios de proporcionalidad, de culpabilidad y de resocialización, que acentuarían la interpretación teleológica y constitucional de los tipos penales».

⁵⁶³ Esto sin contar el extraño tratamiento que recibiría, siguiendo este planteamiento, la segunda circunstancia del asesinato. Ésta, según unos (CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis en Tomás Salvador VIVES ANTÓN (Coord.), Javier BOIX REIG y OTROS (autores), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Volumen I (Arts. 1 a 233), Edit.: Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 739) tendría que considerarse una circunstancia agravante cuando se dieran dos circunstancias y todavía no pudiera aplicarse el 140, pero en cambio pasaría a ser cualificante en cuanto existieran tres circunstancias. Para otros (SERRANO MAÍLLO, Alfonso, «Elementos de autor en el asesinato», ob. cit., pág. 428 y s.) la segunda circunstancia, cuando falte una tercera, «no podrá utilizarse como circunstancia agravante genérica», aunque «ello no significa [!] que la circunstancia no deba agravar en ningún caso, sino que puede ser relevante en el marco de la regla 1.ª del artículo 66».

extensión, sin que el artículo haga salvedades, para cuando concurren “más de una” de las circunstancias de 139, y más de una son siempre dos circunstancias, pero *también* tres. Lo correcto, en definitiva, es respetar la literalidad y la lógica del 140 de modo que se aplique la pena de este artículo no sólo cuando concurren tres circunstancias (1ª interpretación) o sólo cuando concurren dos (2ª interpretación), sino cuando concurren “más de una”, es decir, *tanto dos como tres* circunstancias.

A esta solución, sin embargo, PEÑARANDA RAMOS⁵⁶⁵ le ha achacado introducir distorsiones valorativas: «es sencillamente incomprensible que en un asesinato doblemente cualificado por alevosía y precio no agrave la pena que además se haya producido ensañamiento y sí lo haga, por ejemplo, que el sujeto sea reincidente (art. 22, circ. 8ª) o que haya utilizado un disfraz para facilitar su impunidad (art. 22, circ. 2ª), pese a que éstas son circunstancias que el legislador no ha considerado de tanta entidad como para cualificar con ellas también la conducta de matar como asesinato». Pero ahí, en este último punto, quizá está el problema de la crítica de PEÑARANDA RAMOS, porque el legislador sí ha tenido en cuenta ya la entidad de la tercera circunstancia en el 140, en cuanto que la pena que prevé este artículo no está únicamente destinada al supuesto en que concurren dos circunstancias, sino igualmente para el caso de que se presenten tres. Si la presencia de la tercera circunstancia, una vez que ha sido ya tomada en cuenta por el 140, se vuelve a considerar como agravante del artículo 22 se estará infringiendo el principio *non bis in idem* plasmado en la regla de previsión del artículo 67, de no atribuir las consecuencias jurídicas del artículo 66 a aquellas circunstancias previstas ya en una infracción de la parte especial⁵⁶⁶. Queda, no obstante, la objeción todavía cierta de que, de acuerdo a la solución aquí defendida, el marco penal previsto se mantiene idéntico sea que concurren *tanto dos como tres* circunstancias en el

⁵⁶⁴ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 233: «A mi juicio, en estos casos, la tercera circunstancia cualificativa del asesinato debe operar como circunstancia genérica de agravación».

⁵⁶⁵ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 233.

⁵⁶⁶ PUENTE SEGURA, Leopoldo, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, ob. cit., pág. 447: «Tampoco resulta ya posible, por imperativo del artículo 140 del Código Penal, que el asesinato se configure sobre la base de otra cualquiera de las circunstancias cualificadoras contenidas en el artículo 139 y, posteriormente, el resto de las concurrentes operen como circunstancias agravantes genéricas, toda vez que el precepto primeramente citado señala ahora que *cuando en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el artículo anterior, se impondrá la pena de prisión de veinte a veinticinco años*, de tal manera que en tales supuestos las ‘circunstancias sobrantes’ no funcionarán como agravantes genéricas sino que, siendo una o varias, elevarán la pena del asesinato de manera significativamente importante».

asesinato. Pero esta “distorsión valorativa” puede salvarse por el arbitrio concedido al juez para ofrecer un tratamiento diferenciado a ambos casos dentro del marco penal previsto en el 140, arbitrio que, en todo caso, no es muy distinto al que le concede el Código en el artículo 66.3, donde el juez cuando concurren *tanto una o como dos* circunstancias agravantes dispone para establecer diferenciaciones del marco penal determinado por la mitad superior de la pena fijada por el delito. En favor de la solución propuesta debe computarse también el hecho de que ésta considera en todo caso —y no en ocasiones sí, pero en otras no— a las circunstancias del 139 como cualificantes, respetando el mandato del artículo 67 de no atribuir a las circunstancias ya tendidas en cuenta en un delito (en nuestro caso el 139 y 140) los efectos penales de las agravantes y atenuantes (recogidos en el art. 66).

Por último debe hacerse una pequeña mención a las modificaciones introducidas en los delitos de homicidio con la entrada en vigor de la LO 1/2015 de 30 marzo. Me ocuparé únicamente de las cuestiones que afectan directamente a la circunstancia de alevosía. En primer lugar la alevosía se mantiene en el artículo 139.1 como una de las circunstancias cualificantes del homicidio en asesinato, habiéndose añadido a las tres circunstancias habituales —1ª. alevosía, 2ª. precio, recompensa o promesa, y 3ª. Ensañamiento— una cuarta; «para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra». En segundo lugar, la regulación del caso de que concurren más de una de estas circunstancias —ahora dos, tres o cuatro— no se encuentra ya previsto en el artículo 140 sino en el apartado 139.2 —creado *ex novo*— y tampoco se prevé para este supuesto un marco penal distinto, como ocurría anteriormente, sino la imposición en su mitad superior de la pena prevista —y ahora ampliada— para el asesinato del 139.1. La solución propuesta para la regulación anterior a la reforma sigue siendo, a mi juicio, correcta. Cuando concurren más de una circunstancia —ahora dos, tres o cuatro— la pena debe imponerse en su mitad superior, disponiendo el juez de este marco penal para establecer diferenciaciones de pena en función del número de las circunstancias concurrentes, pero sin que se entienda, por las mismas razones antes expuestas, que las circunstancias del asesinato también previstas en el artículo 22 funcionan como agravantes. En tercer lugar, la pena será de prisión permanente revisable cuando en el asesinato alevoso —o de otro tipo— del 139.1 o .2 concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1ª. Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una

persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, 2ª. Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima y 3ª. Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal. De las tres circunstancias la que plantea mayores problemas con relación a la alevosía es la primera. Estos provienen de la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual se considera el desvalimiento como una modalidad alevosa. En concreto las dificultades surgen con respecto a los desvalidos constitutivos (niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas inválidas). Aunque en el capítulo 4 me ocuparé extensamente del tema, baste ahora decir que si en estos casos se sigue el criterio jurisprudencial de considerar alevosa toda muerte de un desvalido constitutivo las consecuencias penales que esperan al autor, a partir de la entrada en vigor de la reforma del Código penal de la LO 1/2015 de 30 de marzo, además de desproporcionadas, conducirán a una vulneración del principio de *non bis in idem*. Porque una vez calificada, de acuerdo a la doctrina jurisprudencial, la muerte del desvalido constitutivo a causa de su desvalimiento como un asesinato alevoso del 139, la literalidad del artículo 140 obligará a la cualificar el asesinato por ser la víctima «persona especialmente vulnerable en razón de su edad, enfermedad o discapacidad» (2ª vez en que se toma en cuenta la condición de desvalimiento), infringiéndose el principio *non bis in idem* y dando lugar a la pena de prisión perpetua revisable.

3.3.c) Las otras formas cualificadas de homicidio (doloso)

Junto al asesinato de los artículos 139 y 140 existen otras modalidades cualificadas de matar a otro igualmente constituidas sobre el tipo básico de homicidio (doloso), pero que a diferencia del asesinato incorporan caracterizaciones cualificantes que difieren de las circunstancias del 139. Así, i) en el homicidio del artículo 485 la característica cualificante consiste en que el sujeto pasivo es el Rey, sus ascendientes o descendientes, la Reina consorte o el consorte de la Reina, el Regente o algún miembro de la Regencia, o el Príncipe heredero de la Corona, ii) en el homicidio del artículo 572 que el sujeto activo pertenece, actúa al servicio o colabora con organizaciones o grupos terroristas, iii) en el homicidio del artículo 577 que se comete con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o contribuir a estos fines atemorizando, iv) en el homicidio del artículo 605 que el sujeto pasivo es el

Jefe de un Estado extranjero u otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, v) en el homicidio del artículo 607 que es cometido con propósito genocida, y vi) en el homicidio del artículo 607 bis que el sujeto activo es reo de lesa humanidad.

A partir de la entrada en vigor de la reforma del Código penal operada por las LO 1/2015 de 30 de marzo y LO 2/2015 de 30 de marzo, casi todos estos delitos cualificados de homicidio —todos menos el homicidio del 485.2— pasan a ser castigados con la pena de prisión permanente revisable. El propósito del legislador con la reforma parece ser, como se ha declarado formalmente en el llamado pacto contra el terrorismo yihadista firmado por el Partido Popular y el Partido Socialista⁵⁶⁷, castigar con la máxima pena los delitos de terrorismo, si bien hay que decir que varios de los tipos cualificados arriba vistos, castigados en la última reforma con la pena de prisión permanente revisable, no resultan subsumibles estrictamente —esto es jurídico-penalmente— bajo el paraguas —cada día más amplio— de los delitos de terrorismo. A diferencia de lo que ocurría en la regulación anterior, con la reforma la incidencia de la alevosía en estos delitos cualificados de homicidio penados con la prisión permanente revisable es, al menos a efectos de pena, de una importancia anecdótica, puesto que resultará imposible que la circunstancia incremente una pena de prisión que ya se prevé como máxima; no existe pena de prisión mayor que la (eventualmente) permanente.

En concreto, a partir de la reforma la situación respecto a estos delitos ha quedado como sigue. En relación con el i) homicidio del artículo 485 ahora se distingue en el apartado 1. el supuesto en el que el sujeto pasivo sea el Rey, la Reina, el Príncipe o la Princesa de Asturias, donde la pena será de prisión permanente revisable e irrelevante la aplicación de la alevosía como agravante, del caso del apartado 2. cuando el sujeto pasivo sea cualquiera de los ascendientes o descendientes del Rey o de la Reina, la Reina consorte o el consorte de la Reina, el Regente o algún miembro de la regencia, para el que se prevé la pena de prisión de veinte a veinticinco años. En este segundo

⁵⁶⁷ Acuerdo para la unidad en defensa de las libertades y en la lucha contra el terrorismo de 2 de febrero de 2015: «El Partido Popular y el Partido Socialista Obrero Español, expresamos nuestra firme voluntad de mantener la máxima unidad de los demócratas contra el terrorismo y de asumir y cumplir los compromisos que a continuación se detallan. [...] 2.- Acordar que, tal y como ha venido recogiendo nuestro ordenamiento jurídico, a los delitos de terrorismo con resultado de muerte les será siempre aplicable la máxima pena privativa de libertad recogida en el Código Penal». No obstante el Partido Socialista ha mostrado su rechazo a que esta pena máxima sea la prisión permanente revisable, declarando su intención de recurrir este tipo de pena ante el Tribunal Constitucional y de derogarla cuando tenga una mayoría parlamentaria suficiente.

caso nada obstaculiza la apreciación de alevosía como agravante pues la condición del sujeto pasivo de vinculación a la Casa Real no afecta a la posibilidad de provocar su muerte eliminando su capacidad de defensa. En cuanto al ii) homicidio del artículo 572 y al iii) homicidio del artículo 577 su regulación ha sido profundamente modificada por la LO 2/2015 de 30 de marzo por la que se reforma el Código penal en materia de terrorismo. Ahora en el artículo 573 bis 1.1ª se recoge el homicidio cualificado por cometerse con finalidades terroristas (art 573.1: 1ª subvertir el orden constitucional, 2ª alterar la paz pública, 3ª desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional, 4ª provocar un estado de terror en la población). Para este delito la pena es la de prisión por el tiempo máximo previsto en este Código, por tanto, actualmente la prisión permanente revisable, por lo que de nuevo la apreciación de alevosía resulta intrascendente. El iv) homicidio del artículo 605 en el que el sujeto pasivo es un Jefe de Estado extranjero u otra persona internacionalmente protegida pasa igualmente a castigarse con pena de prisión permanente revisable y la aplicación de la alevosía aunque posible se torna nuevamente irrelevante. Por último el v) homicidio artículo 607 cometido con propósito genocida y el vi) homicidio del artículo 607 bis en el que el sujeto activo es reo de lesa humanidad se penan también con prisión permanente revisable con la misma consecuencia de que la estimación de la alevosía resulta intrascendente.

3.3.d) La inducción y la cooperación al suicidio

Dentro del artículo 143 donde se regulan los diferentes delitos de inducción y cooperación al suicidio es necesario establecer una diferenciación entre, por una parte, las figuras delictivas de la inducción al suicidio del 143.1 y la cooperación necesaria al suicidio del 143.2, que no son formas de homicidio pues no consisten en forma alguna de matar a otro, sino en inducir o cooperar necesariamente a que el suicidio tenga lugar⁵⁶⁸, y, por otra parte, la figura de la cooperación ejecutiva al suicidio del 143.3, que

⁵⁶⁸ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 25: «Algo diferente sucede con el delito de inducción y cooperación necesaria (no ejecutiva) al suicidio del art. 143.1 y 2. El inductor o cooperador no produce aquí por sí mismo la muerte del suicida, sino que contribuye tan sólo a que éste se quite la vida. No nos hallamos, pues, ante conductas que, como en los casos anteriores, podrían ser subsumidas en la figura básica de homicidio, sino ante comportamientos que, si no existiese el art. 143, resultarían impunes. O dicho de otro modo: no son homicidios privilegiados, sino conductas que, sólo por su proximidad con otras que sí merecen el nombre de homicidios, se incluyen en el Título relativo al homicidio y sus formas». Igualmente debe hacerse notar que, aunque próxima, la inducción al suicidio se diferencia del homicidio en autoría mediata porque

sí es una forma de homicidio, en cuanto que en ella se llega «hasta el punto de ejecutar la muerte» de otro, pero privilegiada en atención al consentimiento de ese otro en su propia muerte⁵⁶⁹.

Comenzando por la inducción y cooperación necesaria (no ejecutiva) al suicidio, se ha considerado unánimemente que a ninguna de ambas figuras es aplicable la agravante de alevosía, aunque los motivos de la inaplicación de la circunstancia, sin embargo, han divergido. Algunos autores han entendido que la alevosía es inherente a toda forma de auxilio al suicidio, pues una víctima, como el suicida, que consiente y que, por tanto, no se defenderá está máximamente indefensa⁵⁷⁰. Sin embargo, otros autores consideraron que si el suicida no pretende defender su vida, esa indefensión no se produce frente a la inducción o cooperación necesaria del autor, sino frente a su propia mano, que es la que cometerá el suicidio. De ahí que vinieran a sostener que la alevosía no era inherente sino incompatible con ambas figuras, porque ni el inductor ni el cooperador necesario llegaban a realizar un ataque, que se llamaba violento pero

no a todo suicida puede considerarse como si se tratara de un mero instrumento o medio. Así, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Inducción y auxilio al suicidio», ob. cit., pág. 213: «En una importante contribución aparecida en el Homenaje al profesor SERRANO Y SERRANO, TORÍO se ha ocupado con una cierta extensión de la distinción entre la inducción al suicidio y homicidio o asesinato en autoría mediata. Así, por ejemplo, queda excluida la inducción al suicidio y se responde por un homicidio o un asesinato cuando el que acaba con su propia vida es un niño o un enajenado mental o cuando actúa bajo error o miedo insuperable».

⁵⁶⁹ Con razón se quejaba QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, I Infracciones contra la persona en su realidad física*, ob. cit., págs. 380 y s., de que un suicidio en el que coopera un tercero hasta el punto de ejecutar la muerte deja de ser un suicidio (matarse a sí mismo) para convertirse en un homicidio (matar a otro): «La tipicidad específica existe en los Códigos españoles desde el 1848, que en su artículo 326 castigaba con prisión mayor al que ‘prestare auxilio a otro para que se suicide’, y con reclusión temporal en su grado mínimo si ‘ejecutare él mismo la muerte’, inaugurando así el contrasentido vigente de ‘suicidar’ al prójimo, ya que la modalidad ejecutiva se incluye en la suicida y no en la homicida como debiera ser».

⁵⁷⁰ PUENTE SEGURA, Leopoldo, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, ob. cit., pág. 448: «En este sentido, participo de la opinión de CONDE-PUMPIDO FERREIRO respecto a que la expresión ha de entenderse ‘en razón de su interpretación histórica’, como referida a los atentados contra la vida (humana independiente, en principio, creo yo) o la integridad física, siempre poniendo el problema en relación con la estructura de cada delito, ya que existen ilícitos penales contra las personas en los que no es aplicable la alevosía por ser a ellos inherente que la víctima renuncie a la defensa (este el caso, por ejemplo, del auxilio al suicidio o de las lesiones consentidas)». QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, I Infracciones contra la persona en su realidad física*, ob. cit., pág. 393: «[...] todas las modalidades coadyuvantes al suicidio constituirían perfectos asesinatos, ya que por lo menos resultaría insoslayable la presencia de la alevosía, por no haber mayor indefensión de la víctima que en la que consiente». CAMARGO HERNÁNDEZ, Cesar, *La alevosía*, ob. cit., pág. 60: «De acuerdo con los profesores FERRER SAMA y ANTÓN ONECA, consideramos la circunstancia de alevosía inherente tanto al auxilio al suicidio como al homicidio con consentimiento de la víctima, y por lo tanto, a los mismos no es aplicable esta circunstancia de agravación».

mejor sería denominar físico, sobre la vida frente al que el suicida pudiera estar indefenso⁵⁷¹.

Esta última postura es correcta en términos generales; si la alevosía no se puede aplicar a la inducción y a la cooperación necesaria al suicidio es porque es incompatible con ambas figuras. Pues se piense como se piense la alevosía no se deja construir como circunstancia junto a ninguna de las dos. Tomada en su sentido literal la alevosía exige que el autor *cometa un delito contra las personas* empleando en su ejecución medios, modos o formas que, al *eliminar la defensa de la víctima*, tiendan a asegurarlo. Ahora bien, si se piensa, en primer lugar, que aquello que cometen y aseguran los autores es un suicidio en cuanto que inductores o cooperadores necesarios, entonces no se cumplen ninguno de los requisitos de la alevosía, porque ni el suicidio es en sí mismo un *delito contra las personas*, ni el inductor o cooperador necesario (no ejecutivo) lo *cometen* o ejecutan, ni por último tampoco *eliminan la defensa de la víctima*, pues ésta ataca a su misma vida y puede defenderse en todo momento con sólo interrumpir su propio ataque. Si se piensa, para evitar esta consecuencia, que el delito contra las personas que cometen y aseguran los autores no es el suicidio, que no puede serlo, sino respectivamente una inducción o una cooperación necesaria al suicidio, que sí son delitos, no se entiende el papel que para asegurarlos jugaría eliminar la defensa de la víctima. Porque, para qué necesitaría, por ejemplo, un cooperador necesario que quiere entregar un revolver eliminar la defensa de una víctima que a su vez quiere recibirla. El aseguramiento del delito a través de la eliminación de la defensa cobra pleno sentido

⁵⁷¹ ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 103: «La ausencia de un ataque violento en los dos primeros supuestos [auxilio e inducción al suicidio] y el consentimiento en el segundo excluyen la posibilidad de apreciar alevosía, ya que en el auxilio y en la inducción es el propio sujeto pasivo, el que así [sic] mismo se causa la muerte, siendo difícil comprender que emplee medios que eliminen su propia defensa». MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 105: «Estas figuras, descritas y sancionadas en el art. 409 del CP, también excluyen la aplicación de la alevosía, porque en los dos primeros supuestos [auxilio e inducción al suicidio] es el propio sujeto pasivo el que se causa a sí mismo la muerte». FERRER SAMA, Antonio, «Artículo 10.1», ob. cit., pág. 334: «Ciertamente, en esta figura [prestación de auxilio o inducción a suicidio] el sujeto activo interviene de forma que ningún riesgo puede provenir para su persona procedente de la defensa que pueda hacer el ofendido, puesto que cuenta con el consentimiento de éste para la muerte o le convence de que debe morir, no existiendo un ataque violento, pero precisamente esta circunstancia es lo que viene a excluir la posibilidad de la agravante de alevosía del artículo 10, puesto que tal forma de actuar es prevista especialmente por el tipo, constituyendo ella su carácter diferencial del descrito en el artículo 407». ZAPATA MEDINA, Jorge, *Jurisprudencia sobre la alevosía (Art. 12 N° 1° del Código Penal) (1907 – 1964)*, Edit.: Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1966, pág. 33: «La acción de esta figura delictual [cooperación al suicidio] es insuficiente para general la agravante, puesto que consiste en ‘prestar auxilio’ a otro para que se suicide. En cambio, la alevosía requiere de una agresión destinada a dar muerte o herir a un tercero».

cuando se trata de delitos que implican ataques físicos contra personas (por ejemplo, el homicidio o las lesiones), pues, en efecto, en estos casos si falta la defensa de la víctima el ataque sobre su persona se asegura, pero pierde todo sentido en supuestos en los que, en lugar de atacar físicamente a la persona, o bien se colabora con ella (cooperación necesaria) o bien se trata de despertar en ella una determinada decisión que no tenía (inducción).

Además de estas dos figuras queda todavía la cooperación ejecutiva al suicidio del artículo 143.3. Aquí también existe unanimidad en que la agravante de alevosía resulta inaplicable. Pero igualmente ocurre que mientras unos autores han creído que esto se debía a la inherencia, pues la víctima que consiente su muerte está siempre máximamente indefensa frente a quien coopera ejecutándola⁵⁷², otros autores, en cambio, pensaron que la inaplicación se basaba en la incompatibilidad, puesto que el cooperador ejecutivo nunca necesita emplear medios, modos o formas que eliminen una defensa que la víctima, debido a su consentimiento, en ningún caso va a oponer⁵⁷³.

De nuevo, la tesis correcta es la de la incompatibilidad. Porque lo característico de la alevosía no consiste, como pensaban los penalistas antiguos, meramente en que la víctima esté indefensa frente al autor, sino más bien en que esté indefensa porque el autor, empleando modos, medios o formas, ha eliminado toda posibilidad de defensa, y evidentemente esto último no es inherente a la cooperación ejecutiva al suicidio, donde la falta de defensa no se debe a que el autor haya empleado una modalidad alevosa, sino

⁵⁷² MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, ob. cit., pág. 635: «Tal vez sea conveniente mantener el criterio al que respondía aquella rúbrica [delitos contra las personas] y, en consecuencia, limitar la agravante a los delitos contra las personas en su realidad física corporal —siempre que no impliquen ya alevosía, como el auxilio ejecutivo al suicidio». QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, I Infracciones contra la persona en su realidad física*, ob. cit., pág. 393. CAMARGO HERNÁNDEZ, Cesar, *La alevosía*, pág. 60.

⁵⁷³ ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., págs. 103 y s.: «[...] en el caso del homicidio consentido, esta circunstancia, elimina la alevosía, puesto que ni el sujeto activo emplea medios, ni el sujeto pasivo va a oponer resistencia». MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 105: en el supuesto de homicidio con consentimiento el sujeto pasivo «presta su consentimiento a que otro se la [la muerte] ocasione, lo que, si bien implica que el sujeto activo interviene de tal modo que ningún riesgo puede provenir para él de una defensa que no ha de realizar el pasivo, víctima voluntaria, ni existe ataque violento, ni éste, de concurrir hipotéticamente, llevaría en sí el empleo de medios, modos o formas de ejecución con los que el agente ‘tendiera’ a asegurarla y a impedir el riesgo que para él pudiera proceder de una eventual defensa del ofendido, con cuya inexistencia ya cuenta, en virtud del consentimiento de éste». DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 823: «Hay que aprobar también, por otra parte, la matización de quienes rechazaban la aplicación de la agravación en el caso del auxilio ejecutivo al suicidio, también contemplado en el actual Título I, en cuanto difícil será aceptar la existencia de medios idóneos para asegurar la ejecución, cuando ésta viene asegurada por la propia actuación del sujeto pasivo».

al consentimiento de la víctima. Y aquí —en el hecho de que el origen de la falta de defensa sea en un caso la actuación (alevosa) del autor y en otro el consentimiento de la víctima— está justamente la clave de por qué son incompatibles; porque mientras que el que consiente su muerte sigue conservando sus posibilidades de defenderse, aunque decida no ejercerlas debido a su conformidad, la víctima de alevosía carece, porque el autor se la ha arrebatado, de toda posibilidad de ejercer su defensa. Que quien consiente tiene posibilidad de defenderse frente a su muerte se demuestra precisamente ya sólo porque podría evitarla con sólo retirar su consentimiento.

3.3.e) El aborto

Con el aborto se abandona el Título dedicado al homicidio y sus formas⁵⁷⁴. Esto se debe a un cambio en el bien jurídico protegido; en el Título segundo del Libro segundo, dedicado al aborto, ya no se trata, como en el anterior Título, de ataques contra la vida *independiente*, sino de los dirigidos contra la vida *dependiente*⁵⁷⁵. Este cambio conlleva una importante diferencia respecto a los diversos delitos de homicidio tratados, porque mientras en éstos el sujeto sobre el que recae la acción y el sujeto pasivo (titular

⁵⁷⁴ La separación del aborto de las formas de homicidio se produce sólo a partir del Código penal de 1848. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, I Infracciones contra la persona en su realidad física*, ob. cit., pág. 605: «Del aborto es el epígrafe encabezando el Capítulo III del Título VIII, Libro II del Código penal [anterior]; dentro, pues, del grupo de los delitos ‘contra las personas’, pero rigurosamente separado de los homicidas. Con ello se consagra metodológicamente un criterio legal ya acogido en el Código de 1848, pero que contradecía el más tradicional, de influjo canónico, que consideraba al aborto una modalidad de homicidio, merecedora en todo caso de idéntica sanción».

⁵⁷⁵ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 31: «[...] se hace preciso distinguir dos valores o bienes jurídicos de diferente rango, cuyo substrato común es la vida humana: de un lado, la vida humana dependiente o intrauterina, a cuya protección se dedican los preceptos contenidos en el Título II del Libro II del Código penal bajo la rúbrica ‘Del aborto’ (arts. 144 y ss.), y de otro, la vida humana independiente o extrauterina, tutelada en el Título I ‘Del homicidio y sus formas’ (arts. 138 y ss.)». MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte especial*, ob. cit., pág. 74: «Bajo el nombre ‘Del aborto’ se recogen en el Título II del Libro II del Código penal una serie de conductas que afectan a la vida humana no independizada. Bien jurídico protegido en todo el Título II es la vida del feto o vida humana dependiente». FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, en Miguel BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial), Volumen I*, Edit.: Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pág. 289: «La doctrina dominante considera que la vida humana es el bien jurídico protegido en el delito de aborto (SSTS 27-6-92, 1-12-92, 12-12-91, SSTC 75/84, 53/1985). A ello se suelen añadir expresiones como ‘en formación’, ‘en germen’, ‘en desarrollo’, ‘dependiente’, ‘intrauterina’ o ‘prenatal’ para resaltar las diferencias que existen entre el nonato y el ser ya nacido (SSTS 11-10-83, 23-10-96, 22-1-99, STC 75/84)». LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dogmática y política criminal del aborto*, Edit.: Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 21: «el bien jurídico protegido por el delito de aborto es la vida humana en su fase prenatal». FELIP I SABORIT, David, en *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 51: «Tras los preceptos que protegen la vida humana independiente, el Código Penal se ocupa en el Título II de su Libro II de la tutela del bien jurídico vida humana prenatal o dependiente mediante la tipificación del aborto en el art. 144 ss.».

del bien jurídico protegido) coinciden, pues en efecto ese otro al que se mata es el titular de su vida, en el aborto esta identificación entre ambos sujetos es cuanto menos problemática, porque si bien es cierto que la acción abortiva recae sobre el embrión o el feto, es bastante discutible que embrión o feto sean titulares de bien jurídico alguno, ni siquiera de su propio valor jurídico como vida dependiente.

Esta discusión sobre el sujeto pasivo en el aborto, aunque pudiera parecer en principio periférica a nuestro tema, termina por ser, sin embargo, determinante para averiguar si la alevosía resulta aplicable a este delito. Porque precisamente para comprobar si es posible que el autor de un aborto elimine la posibilidad de defensa del sujeto pasivo (ofendido)⁵⁷⁶, resulta necesario saber quién es el sujeto pasivo en el delito de aborto. Como el aborto admite diversas modalidades, se tratará a continuación de investigar en cada una de ellas primero quién es el sujeto pasivo y segundo si de acuerdo a esa identificación sería posible apreciar la alevosía.

En primer lugar me ocuparé del aborto provocado con el consentimiento de la embarazada del artículo 145.1. A diferencia como se verá del aborto sin consentimiento del artículo 144, donde además se ve afectada la libertad de la mujer, en la modalidad consentida se reconoce que el bien jurídico afectado por la práctica abortiva es sólo la vida humana dependiente⁵⁷⁷. Lo discutido es, en cambio, quién sea el titular de este bien

⁵⁷⁶ Véase MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 230, quien, a pesar de olvidarse del 22.1, identifica el sujeto pasivo con el ofendido: «La individualización del sujeto pasivo tiene importancia para *atenuar* la pena en el número 5º del art. 21, para *agrararla* en los números 2º y 4º del art. 22 (estos preceptos se refieren a la ‘víctima’ o al ‘ofendido’) y para *atenuar* o *agrarar*, según los casos, en el art. 23 (que habla del ‘agraviado’))».

⁵⁷⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 291: «En los artículos 144 y 146 C.P. la vida prenatal es el único bien jurídico protegido. En el artículo 144 C.P., que castiga la producción del aborto de una mujer sin su consentimiento, se protege, además, la libertad de la madre (CARBONELL MATEU/GOZÁLEZ CUSSAX, CUERDA RIEZU, DIEZ RIPOLLÉS, HUERTA TOCILDO, LAURENZO COPELLO, ROMEO CASABONA)». Téngase en cuenta que no nos referimos aquí a los bienes jurídicos que pueden afectarse por la continuación del embarazo (vida, salud, libertad o dignidad de la embarazada), sino, al contrario, exclusivamente a los afectados cuando el embarazo se interrumpe por la práctica abortiva. En este último ámbito, el bien jurídico fundamental es la vida humana independiente, lo que no impide que otros valores se puedan ver afectados por la práctica del aborto, pero que en todo caso son irrelevantes de cara a la punición del aborto. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, I Infracciones contra la persona en su realidad física*, ob. cit., págs. 606 y s.: «El que el legislador haya tenido en cuenta otros valores, como el demográfico o el de la salud o la vida de la madre, en nada afecta al básico que ostenta inequívocamente como objeto material y bien jurídico a la vez el feto vivo como persona humana en germen». El interés demográfico no opera, como bien dice QUINTANO RIPOLLÉS, cuando se castiga el aborto de una extranjera y además dicho interés parece haber desaparecido a partir de la entrada en vigor del Código del 95 (véase en este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 292), y el interés en la salud o la vida de la

jurídico. Una primera postura ha mantenido que el sujeto pasivo sería el embrión o el feto (*nasciturus*)⁵⁷⁸, y lo ha hecho a base de rebajar el concepto de sujeto pasivo, es decir, entendiéndolo no como el titular (que dispone) del bien jurídico (en nuestro caso, vida) —condición que obviamente no ostenta el embrión o el feto⁵⁷⁹—, sino como su portador —caracterización a la que sí responde el embrión o el feto—. Sin embargo, aunque se pudiera mantener dicho concepto amplio de sujeto pasivo en el aborto, dando cabida a quien no es persona titular de derechos subjetivos⁵⁸⁰ (embrión o feto), este concepto no sirve en el contexto del 22.1, donde el ofendido se le considera como persona, capaz de ejercer su derecho a la legítima defensa, de la cual pudiera proceder un riesgo para el autor. O dicho de otra manera, mientras se entienda que el sujeto pasivo en el aborto es el embrión o el feto no existe el supuesto de hecho, exigido por la

madre está ya protegido en los correspondientes delitos de homicidio y lesiones.

⁵⁷⁸ LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dogmática y política criminal del aborto*, ob. cit., pág. 32: «En suma, si la categoría dogmática de sujeto pasivo tiene por misión identificar al portador del bien jurídico protegido por un delito, no cabe duda de que el reconocimiento de la vida prenatal como objeto de tutela del aborto conduce necesariamente a atribuir aquella condición al propio *nasciturus*». ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 110, nombra también al “feto” como “sujeto pasivo del hecho”.

⁵⁷⁹ STC 53/1985 de 11 de abril: «En definitiva, los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al *nasciturus* le corresponda también la titularidad del derecho a la vida, pero, en todo caso, y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso, debemos afirmar que la vida del *nasciturus*, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental». Ya antes en el año 1979 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Constitución y aborto», en *Estudios de Derecho penal*, Edit.: Civitas, 2ª edición, Madrid, 1981, pág. 47, había apelado a tres argumentos para demostrar que los embriones no serían titulares del derecho a la vida regulado en el artículo 15 de la Constitución: «Resumiendo el problema constitucional del aborto, se puede decir: el artículo 15 sólo es aplicable a las personas: porque así deriva de la situación de este precepto dentro del Título I de la Constitución; porque ésa es la única interpretación sistemática correcta, ya que siempre que en el texto constitucional aparece la expresión ‘todos’ se alude inequívocamente a las personas; y, finalmente, porque los preceptos paralelos al artículo 15 de los tratados internacionales —que según la misma Constitución deben servir de criterio exegético— reconocen el derecho a la vida únicamente a las personas». Igualmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la STEDH 2004/52 de 8 de julio de 2004 (caso Vo contra Francia) declaró que el no nacido no es considerado una persona directamente beneficiaria del artículo 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos que regula el derecho a la vida.

⁵⁸⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 231, reconoce que no sólo es sujeto pasivo quien es titular de un derecho subjetivo, sino también el que tiene un interés esencial en el delito, lo que en todo caso tampoco parece ser el caso del embrión o del feto: «Además de la *persona física normal*, pueden ser sujeto pasivo los *inimputables*, la *sociedad*, la *persona jurídica* y el *Estado*, siendo discutible si pueden serlo el *difunto* y el *feto*. La extensión del concepto de sujeto pasivo a algunos de estos supuestos, como la sociedad, es posible porque no es preciso en él la formal titularidad de un derecho subjetivo (sólo concurrente en sujetos de derechos), sino que basta la del interés esencial en el delito». En contra de que el feto sea sujeto pasivo a causa de no ostentar la condición de persona QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, I Infracciones contra la persona en su realidad física*, ob. cit., pág. 611: «La consideración de feto vivo como objeto material y bien jurídico del aborto no debe llegar al extremo de estimarle asimismo como sujeto pasivo del delito. Se opone a ello el carecer el feto de la condición jurídica de persona, única susceptible de encarnar dicha cualidad».

alevosía, de un ofendido al que el autor pudiera eliminar su derecho a la legítima defensa, porque ni el feto ni el embrión tienen este derecho, ni tampoco lo podrían ejercer si lo tuvieran. La alevosía, entonces, es inaplicable no porque sea, como se ha sostenido, inherente al aborto, en cuanto que siempre el embrión o el feto constituyen un sujeto pasivo indefenso⁵⁸¹, sino por ser incompatible, es decir, porque nunca en el aborto se puede considerar al embrión o al feto como un ofendido del 22.1 capaz de ejercer una defensa de la que proceda un riesgo.

No obstante, se podría evitar esta consecuencia defendiendo una segunda postura según la cual el titular del bien jurídico de la vida dependiente no sería el feto o el embrión sino la mujer embarazada⁵⁸². Al margen de la discusión ética y política acerca del asunto, lo cierto es que la actual regulación penal niega que la embarazada pueda disponer *libremente* como titular de la vida dependiente representada por el feto o el embrión, dado que castiga el aborto consentido —tanto en la figura del autor que lo provoca (art. 145.1), como en la de la embarazada que consiente (art. 145.2)— y el llamado autoaborto —la mujer que se produce a sí misma el aborto (art. 145.2)—⁵⁸³. Y, sin embargo, podría sostenerse que la mujer embarazada sí dispone *relativamente* (sometida a ciertas condiciones legales) como titular del bien jurídico, puesto que esa misma regulación penal, en atención al consentimiento de la embarazada⁵⁸⁴, castiga con

⁵⁸¹ CAMARGO HERNÁNDEZ, Cesar, *La alevosía*, ob. cit., pág. 61. MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 98: «[...] nunca podrá afirmarse, en nuestra opinión, que concurre la alevosía en el ataque contra la mujer, porque tal ataque, en el delito de aborto, va encaminado en otro sentido: se dirige contra el feto, cuya situación de indefensión es inherente al tipo». ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 110: «Los mismos argumentos que esgrimíamos, para rechazar la posibilidad de aplicar la alevosía en el delito de infanticidio, son válidos en orden al delito de aborto y así se manifiestan los autores, ya que tomando cualquiera de los tipos que se describen, el ‘feto’ sujeto pasivo del hecho, por su propia naturaleza es incapaz de defenderse y en consecuencia lleva implícita la utilización del medio alevoso». Esta última afirmación del ALTÉS MARTÍ es la que hay que discutir; precisamente porque el feto o el embrión es constitutivamente incapaz de defenderse no es necesario emplear ningún medio alevoso. Como hemos defendido más arriba, la alevosía no consiste meramente en que el sujeto pasivo se encuentre en un estado de indefensión, sino en que el autor haya empleado medios, modos o formas para que alcance dicho estado.

⁵⁸² Esta segunda postura MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 74, la identifica con la de aquellos que defienden «[...] una despenalización total del aborto realizado con el consentimiento de la embarazada, a la que se reconoce un derecho absoluto a disponer de su propio cuerpo (‘mi vientre me pertenece’))».

⁵⁸³ LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dogmática y política criminal del aborto*, ob. cit., pág. 21: «En el caso del aborto no consentido previsto en el art. 144 CP se añade la tutela al derecho a la maternidad de la mujer cuyo embarazo se interrumpe, si bien el actual sistema punitivo no permite elevar ese derecho a la condición de bien jurídico principio porque el Código penal sanciona expresamente a la mujer que consiente o causa su propio aborto (art. 145.2))».

⁵⁸⁴ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, I Infracciones contra la persona en su realidad física*, ob. cit., pág. 652, aun estando en contra de que la embarazada

una menor pena el aborto consentido respecto al no consentido⁵⁸⁵, y ni siquiera castiga el aborto consentido —ni a quien lo provoca, ni a la mujer que consiente— o el autoaborto cuando nos encontramos dentro de los casos permitidos por la ley. Así si se admite que la embarazada puede consentir y que en ocasiones (bajo las condiciones establecidas legalmente) su consentimiento es eficaz para disponer sobre su embarazo⁵⁸⁶, y que en esa medida debe ser reconocida *relativamente* como titular del bien jurídico protegido en el aborto, entonces podría considerársela como sujeto pasivo en el delito de aborto. Pero ni siquiera sería preciso admitir la titularidad *relativa* sobre el embarazo para que la embarazada fuera reconocida como sujeto pasivo⁵⁸⁷, pues para acceder a esta condición no es siempre necesario la condición de titular de un derecho subjetivo (en nuestro caso, sobre el embarazo) sino que en ocasiones es suficiente tener un «interés especial en el delito»⁵⁸⁸, y es imposible negar que la mujer, debido a la especial relación con el embrión o feto que supone su embarazo, tiene un interés especial en delito de aborto⁵⁸⁹.

disponga del embarazo, reconoce que el hecho de que el consentimiento opere en el aborto confiere a esta tesis cierta validez: «Que el consentimiento opere, siquiera parcialmente, no sobre la propia persona, sino por la de un ser en gestación, el hijo, es otra anomalía que viene a prestar cierta validez a la vieja tesis romana de disponibilidad del fruto del propio vientre y que de rechazo contradice la católica de plena autonomía de la vida *in fieri*. Se trata de minimizar tan evidente conclusión alegándose que lo que la madre consiente y se valora con la atenuación es su derecho a la maternidad, no el de la vida del futuro ser, pero este argumento resulta demasiado sutil para ser del todo convincente».

⁵⁸⁵ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 79: «Aunque el consentimiento de la embarazada no justifica por sí mismo la realización de un aborto, el legislador le da relevancia para determinar la pena que corresponde a un tercero».

⁵⁸⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Pena de muerte y aborto», en *Estudios de Derecho penal*, Edit.: Civitas, 2ª edición, Madrid, 1981, pág. 36: «Pues dado que después del nacimiento se contrae con ellos una responsabilidad irrenunciable, pienso que son derechos fundamentales de la persona el de determinar si y cuántos hijos quiere tener, y el de poder llevar, no obstante y al mismo tiempo, una vida sexual razonablemente satisfactoria». Igualmente el artículo 3 de la LO 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo: «En el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las leyes».

⁵⁸⁷ Este es el caso de QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, I Infracciones contra la persona en su realidad física*, ob. cit., pág. 653, quien aun en contra de la disponibilidad del embarazo, reconoce que en el aborto no consentido la mujer embarazada sería el sujeto pasivo: «[...] en el aborto no consentido se une al ataque contra la vida del feto, el perpetrado contra la voluntad de la madre, que pasa en tal eventualidad a ser efectivo sujeto pasivo del delito».

⁵⁸⁸ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, ob. cit., pág. 231.

⁵⁸⁹ La STEDH 2004/52 de 8 de julio de 2004 afirma que el derecho a la vida del no nacido «si existe, se encuentra implícitamente ligado al de la madre» y la STC 53/1985 de 11 de abril habla de «una situación que no tiene parangón con otra alguna, dada la especial relación del feto respecto de la madre». MIR PUIG, Santiago, «Aborto y Constitución», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nueva Época, Núm. 66, otoño 1982, pág. 201: «Parece, pues, que la tutela constitucional de la vida embrionaria se basa en la protección de la mujer [...] ésta tiene reconocidos derechos en la Constitución, de los cuales deriva precisamente la protección constitucional del feto» [subrayado mío]. A causa de esta relación especial de la embarazada, y no en su disponibilidad sobre el embarazo, se ha

Si, conforme al razonamiento anterior, se acepta la consideración de la mujer embarazada como sujeto pasivo en el aborto, la cuestión es, a continuación, si frente a ella como tal sujeto pasivo (ofendida) sería posible apreciar la alevosía. Pues bien, a diferencia de lo que ocurría cuando se consideraba al embrión o al feto como sujeto pasivo, la mujer sí dispone del derecho a defenderse legítimamente a sí misma junto a su embarazo, y ese derecho podría en principio serle arrebatado por el autor dando lugar al supuesto de hecho alevoso. No obstante, sucede que ahora analizamos la modalidad de aborto consentida, y aquí, de igual manera que en la cooperación ejecutiva del tercero consentida por el suicida, ni el autor elimina ni la mujer embarazada pierde, como exige la alevosía, toda posibilidad de defensa. Precisamente porque la embarazada consiente, pero en su mano está no hacerlo evitando así el aborto, tiene posibilidad de defenderse frente a acción abortiva⁵⁹⁰. En cambio si la víctima no pudiera defender su embarazo dejando de consentir, porque su consentimiento fuera forzado —y por tanto viciado—, entonces ya no estaríamos ante un aborto consentido, sino ante su modalidad no consentida del artículo 144⁵⁹¹, donde el no consentimiento equivale a haber «obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño». De esta manera, también cuando se considera a la mujer embarazada como sujeto pasivo

justificado (a través de un menor injusto o una menor culpabilidad) el diferente trato penal que recibe la embarazada frente a un tercero en el delito de aborto, incluso en algún autor hasta defender la total exclusión de pena para la embarazada. LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dogmática y política criminal del aborto*, ob. cit., pág. 51: «Porque si no se quiere tratar a la mujer como una mera incubadora humana, en el juicio de desvaloración del hecho necesariamente habrá de tenerse en cuenta la fuerte e intransferible implicación personal que supone todo embarazo. De modo tal que en este caso específico se incorpora a la valoración jurídica del hecho un elemento adicional que no está presente cuando quien causa el aborto es cualquier otra persona. Un elemento trascendental que repercute sobre el merecimiento de pena reduciéndolo de modo muy significativo. Tanto, que estaría totalmente justificada la total exclusión de pena para la embarazada, si bien otro tipo de consideraciones han impedido —lamentablemente— que nuestro ordenamiento penal haya dado ese paso decisivo, conformándose con expresar esa menor desvaloración a través de una rebaja muy significativa de la amenaza penal». FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 302: «El fundamento de la bonificación penal se encuentra en que el legislador considera que a la mujer que ve condicionada su libertad, su autonomía y, en definitiva, su forma de vida le es menos exigible el respeto a las normas que protegen la vida humana prenatal que a cualquier otra persona que carece de motivos tan intensos para infringir las normas».

⁵⁹⁰ Hasta tal punto es así que LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dogmática y política criminal del aborto*, ob. cit., pág. 24, llega a considerar a la embarazada coautora en el aborto consentido: «Por lo que se refiere a los sujetos, se trata de un supuesto de coautoría del tercero que practica la intervención y de la mujer que consiente. La embarazada es coautora porque tiene el condominio del hecho en la medida en que realiza un aporte sustancial para la realización del tipo durante la fase de ejecución».

⁵⁹¹ LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dogmática y política criminal del aborto*, ob. cit., págs. 42 y s.: «Ha de tenerse en cuenta, además, que el consentimiento es revocable en cualquier momento previo a la consumación del delito, de modo tal que si la mujer se retracta cuando todavía es posible detener el aborto y a pesar de ello el ejecutor sigue adelante, resultaría de aplicación la figura agravada de aborto no consentido (art. 144 CP)».

(ofendida), el aborto *consentido* resulta incompatible con la alevosía. Cuestión distinta es lo que ocurre con la modalidad *no consentida*.

La segunda modalidad es el aborto producido sin el consentimiento de la embarazada del artículo 144. En esta modalidad abortiva, como se indicó más arriba, no sólo se ve afectada la vida dependiente del feto o del embrión, sino a la vez la libertad de la mujer para decidir acerca de su embarazo⁵⁹². Que el ataque a la libertad de la mujer no pueda calificarse como alevoso no debe ofrecer dudas, dado que la restricción de la circunstancia al ámbito de los delitos contra la vida y la integridad física excluye su aplicación de otros campos delictivos como el de los delitos contra la libertad. En cuanto al bien jurídico de la vida humana dependiente, se ha de distinguir, como anteriormente, en función de a quién se considera sujeto pasivo de este delito. Si es el embrión o el feto, entonces, al igual que en el aborto consentido, la alevosía es incompatible respecto a semejante sujeto pasivo (ofendido), que ni posee ni es capaz de ejercer un derecho legítimo a la defensa susceptible de ser arrebatado por el autor. En caso de que se considere que el sujeto pasivo es la mujer embarazada, entonces sí se está, como exige la alevosía, ante un sujeto pasivo (ofendida) con pleno derecho y capacidad de ejercer una defensa que el autor puede eliminar, pero además con la importante peculiaridad ahora de que, a diferencia del aborto consentido, la mujer no ha autorizado la interrupción del embarazo. Mientras existía consentimiento la alevosía era incompatible con el aborto; la mujer nunca perdía la posibilidad de defender su embarazo, porque siempre estaba en su mano, en prestar o no consentimiento, la práctica del aborto. Pero ahora resulta al menos imaginable que el aborto no consentido fuera compatible con la alevosía, cuando la embarazada no consiente, pero además el autor la priva de toda posibilidad de defender su embarazo. Evidentemente la alevosía

⁵⁹² LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dogmática y política criminal del aborto*, ob. cit., pág. 45: «La peculiaridad de esta figura se encuentra en que a los requisitos generales del tipo básico, la ley añade un elemento adicional que fundamenta la agravación de la pena: la ausencia de consentimiento de la mujer —‘sin su consentimiento’—. El desvalor de resultado se incrementa porque a la lesión de la vida prenatal se une en este caso un atentado a la libertad de la mujer para decidir sobre su futura maternidad». FELIP I SABORIT, David, en *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 56: «La modalidad más grave de aborto prevista en el Código es el producido sin el consentimiento de la mujer o el que se comete cuando dicho consentimiento se obtiene mediante violencia, amenaza o engaño. En estos casos no sólo se atenta contra la vida humana en formación, sino también contra la libertad y dignidad de la mujer embarazada». QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, I Infracciones contra la persona en su realidad física*, ob. cit., pág. 653: «[...] en el aborto no consentido se une al ataque contra la vida del feto, el perpetrado contra la voluntad de la madre, que pasa en tal eventualidad a ser efectivo sujeto pasivo del delito».

no es inherente al aborto no consentido, porque no todo caso de falta de consentimiento—incluido el consentimiento viciado por la violencia, la amenaza o el engaño— conlleva necesariamente la eliminación de toda defensa de la embarazada. Por ejemplo, el autor que violenta, amenaza o engaña para obtener la anuencia no tiene por qué aniquilar toda posibilidad de reacción de la embarazada⁵⁹³. Pero puede ocurrir que sí lo haga, como por ejemplo cuando decide administrar a la mujer embarazada sin su conocimiento un veneno con efectos abortivos. Puestos en este supuesto, si junto al aborto se produjeran dolosamente unas lesiones en la embarazada, no resulta sencillo encontrar las razones de por qué las lesiones causadas por el veneno en un órgano principal de la mujer sí deberían calificarse como alevosas, mientras la muerte, producida por el mismo veneno, del feto o del embrión *en ningún caso* podría considerarse alevosa. Porque si en unas lesiones (o en un homicidio) se concede importancia y se discrimina según si el autor eliminó (alevosía) o no eliminó la posibilidad de defensa (no alevosía), esta misma diferenciación debería regir entre un aborto no consentido en el que, por ejemplo, administrando un abortivo sin conocimiento de la mujer no se le concede ninguna posibilidad de defender el embarazo (alevosía) y otro en el que aunque se la amenaza con causarle un grave mal no se elimina completamente su posibilidad de defensa frente a la práctica abortiva (no alevosía)⁵⁹⁴.

⁵⁹³ Que existen posibilidades de defensa lo muestra el hecho de que el engaño no tiene que producir un error invencible en la embarazada, sino que basta con que fuera vencible, y que la violencia y la intimidación aunque tienen que ser suficientes para vencer la voluntad de la mujer embarazada, no se exige que sean irresistibles. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., págs. 299 y s.: «Es suficiente que la mujer incurra en un error, aunque éste sea vencible, para entender dicho consentimiento viciado por engaño. En los supuestos de violencia o intimidación el consentimiento no es válido en la medida en la que la violencia sea suficiente para vencer la voluntad de la mujer».

⁵⁹⁴ Han reconocido la posibilidad de apreciar la alevosía en un aborto no consentido: CÓRDOBA RODA, Juan, «Artículo 22.1.ª», ob. cit., pág. 274: «En atención a lo expuesto la circunstancia agravante de alevosía podrá ser aplicada a los delitos de lesiones (arts. 147 y ss.), de aborto no consentido (art. 144), de secuestro (art. 163) y de agresiones sexuales (art. 178)»; PUENTE SEGURA, Leopoldo, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, ob. cit., pág. 499: «Por su parte, MIR PUIG se encarga de recordar que la alevosía no puede apreciarse en el delito de aborto puesto que resulta inherente al mismo. Por mi parte, me permito discrepar de esta última opinión que, si me parece incontestable en el caso del aborto consentido, no comparto por lo que respecta a los supuestos contemplados en el artículo 144 del Código penal, (abortos realizados sin el consentimiento de la mujer), en cuyo caso me parece perfectamente posible la aplicación de la circunstancia agravante de alevosía»; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «La alevosía en el Código Penal de 1995», ob. cit., pág. 288, que restringe el ámbito de aplicación de la alevosía a los delitos contra la vida y la salud afirmando que (nota 44): «Dentro de ellos habría que incluir, obviamente, a los delitos de aborto sin el consentimiento de la mujer». La doctrina antigua ya vio la posibilidad de admitir la alevosía en el aborto no consentido, pero no respecto del aborto mismo sino de los resultados de muerte o lesiones que se producían, en el antiguo delito complejo, junto al aborto. CAMARGO HERNÁNDEZ, Cesar, *La alevosía*, ob. cit., pág. 61: «En el delito complejo de aborto y muerte o lesiones graves de las previstas en el art. 420, creemos aplicable la agravante de alevosía, no al aborto, sino a la muerte o lesiones que con él concurran para dar lugar a la

En cualquier caso, aun cuando, de modo a mi juicio poco justificado, no se quiera conceder a la embarazada en ningún caso —ni conforme a una titularidad *relativa* sobre el embarazo, ni tampoco en virtud de un interés especial en el delito debido a su embarazo— la condición de sujeto pasivo del aborto y, correspondientemente, de ofendida del artículo 22.1, queda abierta todavía la posibilidad de una justificación *de lege ferenda* para la apreciación de alevosía en el aborto no consentido. Aun no siendo la mujer embarazada sujeto pasivo y ofendida del artículo 22.1, su defensa no tiene por qué resultar irrelevante si se reconoce *de lege ferenda* —dado que *de lege lata* la defensa en la alevosía sólo puede proceder del ofendido— que en determinados casos la defensa de terceros puede tomarse en cuenta, como hace la doctrina alemana⁵⁹⁵, para la

formación de esta figura compleja prevista en el artículo 411 de nuestro Código». ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 110: «[...] la alevosía es incompatible por lo que al delito de aborto se refiere, si bien cabe en el supuesto de homicidio o lesiones causadas a la madre para producir aquel, salvo en los casos en que medie consentimiento de la madre».

⁵⁹⁵ Schönke / Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar*, ob. cit., ESER/STERNBERG-LIEBEN § 211, nm. 25c, pág. 2042: «Incluso para víctimas constitutivamente desprevenidas e indefensas es posible sin embargo la muerte alevosa, cuando [...] son eliminados terceros dispuestos para su protección, en lo que respecta a su falta de prevención e indefensión [*Selbst bei konstitutionell arg- oder wehrlosen Opfern bleibt jedoch heimtückisches Töten möglich, wenn [...] schutzbereite Dritter, auf deren Arg- und Wehrlosigkeit es dann ankommt, ausgeschaltet werden*]». Nomos *Kommentar Strafgesetzbuch*, ob. cit., NEUMANN § 211 nm. 59, pág. 1606: «Para personas constitutivamente desprevenidas e indefensas, en especial niños pequeños, pero p. ej. también pacientes en coma, puede según la interpretación predominante fundamentarse la ‘alevosía’ a través del aprovechamiento de la falta de prevención de un tercero dispuesto para su protección [*Bei konstitutionell arg- und wehrlosen Personen, insbesondere Kleinkindern, aber bspw. auch Komapatienten, kann nach vorherrschender Auffassung ‘Heimtücke’ auch durch das Ausnutzen der Arglosigkeit eines schutzbereiten Dritten begründet werden*]». Münchener *Kommentar Strafgesetzbuch* §§ 185-262, ob. cit., SCHNEIDER § 211 nm. 135, pág. 420: «El Tribunal Federal [alemán] admite una excepción más de la exclusión por principio de los niños pequeños del ámbito de aplicación de la circunstancia de asesinato de alevosía, cuando el autor elimina a un tercero dispuesto para su protección, para poder cometer entonces sin estorbos la muerte del niño que ya no está amparado [...] Es además jurídicamente conveniente trasladar las consideraciones acerca del aprovechamiento de la falta de prevención de un tercero dispuesto para la protección a los casos de muerte de personas inconscientes o enfermos impedidos para percibir, en la medida que estos estén bajo la custodia de un tercero [*Eine weitere Ausnahme von der prinzipiellen Ausklammerung kleiner Kinder aus dem Anwendungsbereich des Mordmerkmals der Heimtücke lässt der Bundesgerichtshof zu, wenn der Täter schutzbereite Dritte ausschaltet, um dann die Tötung des nicht mehr behüteten Kindes ungehindert begehen zu können [...]* Es ist darüber hinaus rechtlich geboten, die Erwägungen zum Ausnutzen der Arglosigkeit schutzbereiter Dritter auch auf die Fälle der Tötung Bewusstloser und wahrnehmungsgehemmter Kranker zu übertragen, sofern diese in der Obhut Dritter stehen]. RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (II)», ob. cit., pág. 6: «Por supuesto que siempre que el autor elimina la disposición de protección del tercero para matar al niño muy pequeño (o a otra persona desprevenida constitutivamente) en la [situación de] indefensión así creada, debe afirmarse con el Tribunal Federal [alemán] por principio la alevosía [*Wenn der Täter freilich die Schutzbereitschaft Dritter arglistig beseitigt, um das Kleinstkind (oder sonstige konstitutionell Arglose) in der so geschaffenen Hilflosigkeit zu töten, ist mit dem BGH die Heimtücke grundsätzlich zu bejahen*]». KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht Besonderer Teil I*, ob. cit., pág. 47 (§ 2 nm. 23): «En cambio una persona inconsciente, que no puede evitar la entrada de su estado, tampoco puede ser decepcionada en su esperanza de que no le ocurrirá nada. Además tampoco son víctimas adecuadas personas que constitucionalmente (ya) no pueden desarrollar ninguna desconfianza. Esto vale acaso para los enfermos graves que ya no perciben su entorno y para los niños pequeños a los cuales sólo aproximadamente a partir de los tres años se le atribuye la

apreciación de la alevosía. Precisamente se trata de casos de víctimas inconscientes, gravemente enfermas o de niños pequeños cuya posibilidad de defensa está sólo en la ayuda dispensada por terceros. Si dentro de estos casos encaja, como parece, plenamente el supuesto del aborto no consentido, donde el embrión o feto no dispone frente al autor del aborto de otro auxilio más directo que la defensa de la madre, la consecuencia también tiene que ser que la eliminación de defensa de la madre dispuesta en favor del embrión o del feto justifica (*de lege ferenda*) la apreciación de la alevosía en este delito.

Por último, es necesario descartar por razones de incompatibilidad la aplicación de la alevosía en los supuestos de autoaborto y de consentimiento de la embarazada del artículo 145.3, y de aborto imprudente del artículo 146. En los dos primeros casos del 145.3 porque son delitos autorreferenciales; la embarazada comete el aborto sobre sí misma y consiente el aborto en relación con sí misma, es por tanto autora y víctima al mismo tiempo, y carece de sentido que para cometer ambos delitos se elimine a sí misma la defensa (o la de un feto o un embrión que ni tienen ni pueden ejercer un derecho a la defensa). En cuanto al aborto cometido imprudentemente, en varias ocasiones se ha repetido que la alevosía es incompatible con una comisión imprudente.

3.3.f) Las lesiones

En los delitos de lesiones recogidos en el Título III⁵⁹⁶ se protege la integridad corporal y la salud física o mental de la persona⁵⁹⁷. Algunos autores han incluido la integridad corporal bajo la idea de la salud⁵⁹⁸ queriendo dar a entender que la integridad

capacidad de sospechar. En estos casos, sin embargo, entra en consideración la alevosía cuando se elimina alevosamente a las personas auxiliares dispuestas para la defensa [*Ein Bewusstloser dagegen, der den Eintritt seines Zustands nicht abwenden kann, kann auch nicht in seiner Erwartung, ihm werde nichts geschehen, getäuscht werden. Keine tauglichen Opfer sind ferner Personen, die konstitutionell kein Misstrauen (mehr) entwickeln können. Dies gilt etwa für ihre Umwelt nicht mehr wahrnehmende Schwerkranke und Kleinkinder, denen erst ab ca. drei Jahren Fähigkeit zum Argwohn zugeschrieben wird. In diesem Fällen kommt jedoch Heimtücke bei arglistiger Ausschaltung von schutzbereiten Hilfspersonen in Betracht*].».

⁵⁹⁶ No todos los delitos contenidos en este título son de lesiones. CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 132: «No obstante, pues, y pese a la denominación, existen figuras que no son propiamente de lesiones, como la participación en riña tumultuaria (art. 145) o los aludidos maltratos en el ámbito familiar, donde no se requiere menoscabo de la salud».

⁵⁹⁷ El artículo 147.1 describe la lesión literalmente como un menoscabo de la integridad corporal o la salud física o mental.

⁵⁹⁸ CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 131: «Se protege la salud de las personas, tanto física como psíquica. La integridad corporal,

corporal está remitida en último término al concepto de salud; de este modo merma en la integridad corporal indiferentes (por ejemplo el corte de pelo) o incluso beneficiosas (por ejemplo extirpación de un tumor maligno) para la salud no ha de considerarse lesiones, sino sólo aquellas otras que afectan negativamente a la salud. Esto último es, sin duda, correcto siempre que se matice, pues en ocasiones la integridad corporal posee un valor por sí mismo independiente de la salud. Así se explica por ejemplo que para tratar de salvar una pierna infectada se ponga en cierto riesgo la salud del resto del cuerpo, o que se haya de considerar como lesión la circuncisión no consentida, a pesar de su prescripción para evitar posibles enfermedades, o el desprendimiento a causa de un puñetazo de un diente cariado cuya extracción estaría médicamente recomendada. De ahí que, como hace el artículo 147.1, sea necesario en las lesiones hacer referencia, junto a la salud, al bien jurídico de la integridad física⁵⁹⁹. Por eso creo más acertada la postura de quienes manejan como bien jurídico de las lesiones un concepto *amplio* de salud, según el cual la salud en sentido *amplio* se ve afectada no sólo mediante la merma de la salud entendida en sentido *estricto* como ausencia de enfermedad, sino también en ocasiones a través de la pérdida de la integridad corporal⁶⁰⁰.

En cuanto a la aplicación de la alevosía a las lesiones, para decidir esta cuestión se hace necesario abordar por separado cada una de las modalidades de lesiones.

a la que se refiere un sector doctrinal y, en parte la literalidad de algún artículo, no puede constituir el objeto de tutela en la medida que se trata de un bien instrumental, que forma parte de la salud pero que, en determinados supuestos, puede resultar contraria a ésta».

⁵⁹⁹ DIEZ RIPOLLES, José Luis, *Los delitos de lesiones*, Edit.: Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 25: «A mi juicio el doble concepto de integridad y salud personales sigue representando la más adecuada formulación del bien jurídico protegido». PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 343: «No resulta superflua ni inconveniente, sin embargo, la mención específica que el art. 147 efectúa a la integridad corporal, pues con ello se hace patente que el concepto de salud que ha de ser empleado no está vinculado exclusivamente a la idea de ausencia de enfermedad, sino que incluye también la integridad de la constitución corporal de la persona y la intangibilidad de su apariencia física en cuanto que no se opongan a la salud».

⁶⁰⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte especial*, ob. cit., pág. 96: «En realidad, como dice Berdugo (1982, p. 24), si se entiende la salud en un sentido amplio, lo que se trata de proteger en estos delitos es un solo bien jurídico: salud (física o psíquica), que incluye también la integridad corporal». PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 342: «la idea, a nuestro juicio correcta, de que la salud en sentido estricto y la integridad corporal son dos facetas de un bien jurídico más amplio, que puede ser designado con el nombre de salud personal». FELIP I SABORIT, David, en *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 56: «El bien jurídico protegido, de acuerdo con la doctrina dominante, es la salud humana entendida en sentido amplio, esto es, comprensiva tanto del bienestar físico y mental de la persona como del sustrato corporal. A partir de este concepto pueden considerarse lesiones tanto las situaciones de funcionamiento anormal del organismo (enfermedad), como las alteraciones de la configuración del cuerpo humano que supongan una merma funcional en su sentido más amplio (desde una cicatriz hasta la mutilación de un miembro)».

i) Las lesiones básicas del 147.1 párrafo 1º

Para encontrarnos ante esta modalidad de lesiones se requiere un menoscabo de la integridad corporal o la salud física o mental de otro que necesite «objetivamente para su sanidad, además de una primer asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico». Evidentemente ese menoscabo no resulta incompatible con la alevosía; es posible causar alevosamente —por ejemplo, atacando sorpresivamente— lesiones necesitadas de tratamiento. Tampoco es inherente, porque dichas lesiones se pueden también provocar no alevosamente —por ejemplo, con un ataque cara a cara—. Sin embargo, la alevosía resulta inaplicable a las lesiones básicas del 147.1 parr. 1º por la misma razón que la circunstancia era inaplicable al homicidio en presencia del asesinato, es decir, porque ya existe un segundo delito —las lesiones cualificadas del 148— que se ha formado añadiendo a las lesiones básicas, entre otras, la circunstancia de alevosía⁶⁰¹. Así, *en principio* frente a las básicas del 147.1 parr. 1º las lesiones cualificadas del 148 son de aplicación en virtud del principio de especialidad del artículo 8.1, dado que las lesiones cualificadas son especiales frente a las básicas a las que entonces ya no cabe circunstanciar con la alevosía. Ahora bien, esto no tiene que ocurrir necesariamente de este modo. Como se ha señalado en la doctrina, el juez a la hora de apreciar las lesiones cualificadas no sólo ha de considerar la concurrencia de alguna de las circunstancias del 148, sino que además debe prestar atención al resultado causado o al riesgo producido por dicha concurrencia⁶⁰². En el caso de la alevosía he

⁶⁰¹ Una situación similar ocurría con el antiguo Código penal, donde la alevosía no era aplicable como agravante a los distintos supuestos de lesiones graves del artículo 420 en cuanto que existía uno de ellos que preveía específicamente la alevosía. CAMARGO HERNÁNDEZ, Cesar, *La alevosía*, ob. cit., pág. 61: «Con relación a las lesiones graves previstas en el art. 420, no es aplicable la alevosía como circunstancia agravante genérica, ya que en el penúltimo párrafo del citado artículo se dispone que cuando concorra alguna de las circunstancias señaladas en el art. 406 —entre las que se encuentra la alevosía— se impondrán las penas más graves que se indican, y por tanto, obra como circunstancia agravante específica». MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 106: «No es aplicable la alevosía como circunstancia agravante genérica en los diversos tipos de lesiones graves a que se refiere el art. 420 del CP por impedirlo el último párrafo de dicho precepto, a cuyo tenor cuando concorra alguna de las circunstancias señaladas en el art. 406, entre las que se halla la alevosía, ello determinará la imposición de las penas más graves que en dicho párrafo se establecen».

⁶⁰² CANCIO MELIÁ, Manuel, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 415: «[...] el juzgador debe tener en cuenta para su decisión no sólo la concurrencia de una de las tres [hoy en día son cinco] circunstancias de modo abstracto, sino la relevancia de su presencia en atención al ‘resultado causado’ o al ‘riesgo producido’». MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte especial*, ob. cit., pág. 106: «Estas cualificaciones no aumentan automáticamente la pena del tipo básico cuando concurren en un delito de lesiones, pues el propio precepto determina que ello sólo es así ‘atendiendo al resultado causado o riesgo producido’ y en la medida en que el tribunal las valore como determinantes de una mayor gravedad de la lesión del tipo básico (‘podrán ser castigadas’)». CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 131: «De ninguna

sostenido que su fundamento no radica propiamente en el riesgo producido mediante su empleo, sino en la eliminación del derecho de legítima defensa. Aunque parece que la cuestión *normativa* de eliminar la legítima defensa conduce casi forzosamente a la consecuencia *empírica* de un aumento del riesgo para la víctima —puesto que en principio corre siempre mayor riesgo la vida o la integridad física de aquel a quien se impide ejercer su derecho a defenderse— son imaginables casos en que no ocurra así⁶⁰³. En estos casos no se podrían apreciar las lesiones cualificadas del 148 y quedaría abierta la posibilidad de apreciar la agravante de alevosía en el delito básico, las lesiones del 147.1 parr. 1^o⁶⁰⁴.

ii) La acumulación de faltas de lesiones del 147.1 párrafo 2º

De acuerdo al hasta hace poco vigente⁶⁰⁵ 147.1 párrafo 2º, las lesiones que no son constitutivas de delito (falta del 617) pueden llegar a ser castigadas como el delito básico de lesiones cuando se realicen cuatro veces a lo largo de un año. En cuanto a si es aplicable a este supuesto de acumulación de faltas de lesiones la circunstancia agravante de alevosía, creo a pesar de la falta de bibliografía al respecto que la respuesta debe ser no. En primer lugar, por una razón de incompatibilidad, dado que la alevosía en el artículo 22.1 exige como condición que el autor cometa «cualquiera de los delitos contra las personas» —entendiendo “delito” en su sentido estricto⁶⁰⁶— y el autor del

manera sería admisible una interpretación que dé lugar a la aplicación automática del incremento penal cuando se den los supuestos previstos en los tres [es un error, más adelante se ocupan de los cinco] números que recoge el precepto. Y ello por dos razones: la primera por el carácter potestativo de la cualificación, la segunda porque el precepto subraya que ésta debe realizarse en atención al resultado o riesgo producido, y no como consecuencia de la concurrencia de los supuestos previstos en los tres [cinco] números citados».

⁶⁰³ Excepcionalmente sólo se me ocurre un caso; el de aquel que renuncia en todo caso a su derecho a defenderse. En este caso elimine o no el autor un derecho de defensa, el riesgo no aumenta para quien ha decidido no ejercerlo en ningún caso. De cualquier forma, a pesar de no aumentar el riesgo la alevosía está también fundamentada en este caso porque el autor ha dispuesto, eliminándolo, de un derecho que no le correspondía.

⁶⁰⁴ Esto ocurre en la STS 3239/2015 de 14 de julio. Sin embargo la sentencia trata de un caso ocurrido en el año 2000 por lo que probablemente, aunque la sentencia no lo dice, no se aplican las lesiones del 148 porque en ese momento todavía no existía la cualificación por alevosía. Fue la LO 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género la que modificó la redacción anterior del artículo 148.2 añadiendo al ensañamiento la alevosía

⁶⁰⁵ La reforma del Código penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo ha eliminado este segundo párrafo del artículo 147.1.

⁶⁰⁶ El término delito admite en este contexto dos sentidos distintos. En sentido amplio “delito” puede interpretarse como un término que incluye tanto delitos (en sentido estricto) como faltas. Entendido en este sentido “delito” es sinónimo de infracción (penal). Pero el artículo 13 (tal y como estaba vigente hasta la reforma de la LO 1/2015 de 30 de marzo) permite además un sentido estricto de “delito”. Delitos son entonces las infracciones que la Ley castiga con pena grave (delitos graves) o con pena menos grave

147.1 párr. 2º propiamente no comete ningún delito (en sentido estricto) sino que realiza, como dice este mismo precepto, «cuatro veces la acción descrita en el artículo 617», es decir, en todo caso siempre faltas, por mucho que se le castigue por la reiteración con la pena del delito básico de lesiones. En segundo lugar, desde un punto de vista de justicia material parece desproporcionado aplicar la alevosía a la acumulación de faltas de lesiones, porque de aplicarse la circunstancia no actuaría como una mera agravante del 147.1, sino que podría dar lugar a la cualificación del artículo 148; castigar a quien ni siquiera ha cometido un delito básico de lesiones a la pena de las lesiones cualificadas sobrepasa toda medida sensata de justicia material. Y todo ello sin contar, por último, el inconveniente técnico de averiguar si la aplicación de la alevosía exigiría apreciar la circunstancia en la última de las faltas cometidas o en todas ellas o en la mayoría o acaso sólo en alguna de ellas.

En cualquier caso el problema de la aplicación de la alevosía a la acumulación de faltas de lesiones pierde prácticamente toda su relevancia con la reforma del Código penal llevada a cabo con la LO 1/2015 de 30 de marzo. Según esta reforma no sólo se modifica el artículo 147 desapareciendo el supuesto dedicado a la acumulación de faltas de lesiones, sino que desaparece del Código la misma noción de falta. Lo que era la falta de lesiones del 617 pasa hoy a constituir un delito de lesiones privilegiado, debido a la falta de tratamiento, en el artículo 147.2 al que en principio nada impediría aplicar la agravante de alevosía⁶⁰⁷.

(delitos menos graves), mientras que faltas son infracciones que la Ley castiga con pena leve. Véase en este mismo sentido CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, ob. cit., pág. 309: «Según el artículo 10 del Código penal español: ‘Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley’. El término ‘delito’ está utilizado en este precepto en sentido estricto. Según el artículo 13 del Código penal, ‘son delitos las infracciones que la Ley castiga con pena grave’, ‘delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave’ y ‘faltas las infracciones que la Ley castiga con pena leve’. Nuestro Código utiliza como término genérico, comprensivo de los delitos y las faltas, el de infracción. Término poco apropiado, pues es aplicable también a todas las formas de ilícito civil o administrativo, etc. En la doctrina y en alguna ocasión en el propio Código (por ejemplo, en la regulación de la prescripción, como causa de extinción de ella responsabilidad criminal, en los arts. 130 y 131) se utiliza también el término ‘delito’ en sentido amplio, comprensivo de los delitos y las faltas».

⁶⁰⁷ Nueva redacción del artículo 147: «1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico. 2. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. 3. El que golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses. 4. Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante

iii) Las lesiones privilegiadas del 147.2

Este precepto preveía hasta la reforma de la LO 1/2015 de 30 de marzo unas lesiones idénticas a las básicas del 147.1 parr. 1º, pero con la salvedad de que se las considera de menor gravedad en atención «[a]l medio empleado o [a]l resultado producido». Si de acuerdo a aquella regulación una de las razones del privilegio consiste en el medio empleado, entonces parece que ello ha de ser incompatible con la alevosía, porque ésta justamente apela al medio (o al modo o la forma) empleado pero, en sentido inverso, para agravar o cualificar el delito. O dicho con otras palabras, dado que la circunstancia de alevosía se caracteriza porque se emplea *un medio más grave* —el alevoso—, esta circunstancia no puede compatibilizarse con un delito privilegiado a causa de *la menor gravedad* del medio empleado. Siempre que exista alevosía en unas lesiones básicas nunca se estará ante unas lesiones privilegiadas del 147.2, porque el medio alevoso no era de *menor gravedad*, sino que porque, en cambio, era de *mayor gravedad* podrá aplicarse generalmente, atendiendo al resultado causado o riesgo producido, las lesiones cualificadas del 148 en las que ha «mediado ensañamiento o alevosía»⁶⁰⁸.

En cualquier caso las lesiones privilegiadas *en atención al medio empleado o al resultado producido* han desaparecido con la entrada en vigor de la LO 1/2015 de 30 de marzo, regulándose a partir de entonces, como ya he dicho, en el artículo 147.2 unas lesiones privilegiadas *en razón de la falta de necesidad de tratamiento* —la hasta ahora falta de lesiones—, en las que en principio no existe ningún obstáculo para la aplicación de la alevosía. Las antiguas lesiones privilegiadas *en atención al medio empleado o al resultado producido* pasan, en la medida que se requería para ellas tratamiento médico, a subsumirse a partir de la reforma en las lesiones básicas del 147.1 que precisamente ahora han disminuido el límite mínimo de su marco penal al que anteriormente se establecía para las lesiones privilegiadas del 147.2. Por lo tanto la aplicación de la alevosía respecto de ellas se regirá por lo ya dicho para las lesiones básicas del 147.1.

denuncia de la persona agraviada o de su representante legal».

⁶⁰⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 415: «Téngase en cuenta, por otro lado, que el precepto [art. 148] queda limitado a las conductas que cumplan el tipo del artículo 147.1. Así, cuando se produzca uno de los resultados de los arts. 149 o 150 con las circunstancias típicas de la presente infracción, ésta no será aplicable. Lo mismo sucede respecto de la falta del art. 617.1, cuestión sobre la que se volverá a continuación, y respecto de la figura atenuada del art. 147.2».

iv) Las lesiones cualificadas del 148

El artículo 148 permite castigar con una pena superior las lesiones básicas del 147.1, en atención «al resultado causado o riesgo producido», cuando concurre alguna de las circunstancias en él previstas, entre las que ocupa el segundo lugar la alevosía junto al ensañamiento⁶⁰⁹. Es obvio, como lo era en el asesinato, que la alevosía como circunstancia agravante no es aplicable a las lesiones cualificadas debido al principio de *non bis in idem*, plasmado en la regla de previsión del artículo 67, según el cual no puede tomarse en cuenta por segunda vez las circunstancias —aquí, la alevosía— que la ley tuvo ya en cuenta en la descripción o sanción de la infracción —en este caso en el artículo 148 circunstancia 2ª—⁶¹⁰. En cambio, la alevosía funciona en el 148 como una circunstancia cualificante⁶¹¹. Cuestión distinta es si la circunstancia de alevosía prevista en el 148 permite por sí misma, con su mera concurrencia, apreciar unas lesiones cualificadas. La respuesta es, como ya he indicado, negativa; las lesiones cualificadas no requieren únicamente la concurrencia de alguna de las circunstancias del 148, sino que además debe atenderse al resultado causado o al riesgo producido. De ahí que si a pesar de concurrir alevosía, no puede apreciarse en función del resultado causado o riesgo producido unas lesiones cualificadas del 148, la solución sea apreciar unas lesiones básicas del 147.1 agravadas por la alevosía. Sin embargo este supuesto será excepcional dado que parece que la cuestión *normativa* de eliminar la legítima defensa

⁶⁰⁹ La LO 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género modificó la redacción anterior de esta circunstancia añadiendo al ensañamiento la alevosía.

⁶¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte especial*, ob. cit., pág. 106: «Por lo demás, la presencia de esta cualificación [se refiere al ensañamiento] excluye la aplicación de la agravante genérica [...] Lo mismo sucede con la alevosía». Lo mismo ocurría en el anterior Código penal. CAMARGO HERNÁNDEZ, Cesar, *La alevosía*, ob. cit., pág. 63: «Con relación a las lesiones graves previstas en el art. 420, no es aplicable la alevosía como circunstancia agravante genérica, ya que en el penúltimo párrafo del citado artículo se dispone que cuando concorra alguna de las circunstancias señaladas en el art. 406 —entre las que se encuentra la alevosía— se impondrán las penas más graves que se indican, y por lo tanto, obra como circunstancia agravante específica y no puede al mismo tiempo ser considerada genérica, ya que por un mismo hecho se agravaría dos veces la pena correspondiente al delito y se infringiría lo dispuesto en el art. 59 que disponen que no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias que la Ley haya expresado al describir y sancionar el delito». ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 106: «Como circunstancia cualificativa de las lesiones es de apreciar en las contenidas en el artículo 420 lesiones graves ya que el penúltimo párrafo de este artículo así lo dispone».

⁶¹¹ Para la discusión acerca de por qué no sea un hecho constitutivo en lugar de uno cualificante me remito a los argumentos empleados al tratar el asesinato. Por otra parte puede consultarse las siguientes sentencias del Tribunal Supremo donde se aprecian unas lesiones cualificadas alevosas del 148.2: STS 3760/2010 de 28 de mayo; STS 3558/2010 de 28 de junio; STS 5129/2010 de 6 de octubre; STS 6345/2012 de 29 de septiembre; STS 3465/2014 de 13 de mayo. No se aprecian, en cambio, a pesar de solicitarse en STS 6479/2010 de 18 de noviembre; STS 918/2011 de 22 de febrero; STS 8819/2011 de 5 de diciembre.

conduce generalmente a la consecuencia *empírica* de un aumento del riesgo para la víctima.

Por otra parte, el hecho de que no puedan apreciarse unas lesiones calificadas del 148.2 debido a un incumplimiento parcial de los requisitos de la alevosía no ha de conducir forzosamente a la calificación por unas meras lesiones básicas del 147.1. Pues, tal y como veíamos en los delitos de homicidio, a pesar de la no apreciación de la alevosía, en ocasiones puede subsistir en el supuesto de hecho, como una forma de alevosía menor, el abuso de superioridad. En estos casos aun cuando no puedan calificarse los hechos como unas lesiones alevosas del 148.2 —debido a que el autor eliminó toda posible defensa— subsistirá la posibilidad —cuando las posibilidades de defensa se encontraban, a causa o no del autor, debilitadas o aminoradas en gran medida— de agravar las lesiones básicas del 147.1 con la circunstancia de abuso de superioridad⁶¹².

Otra cuestión interesante consiste en saber si la alevosía puede concurrir con las otras circunstancias del 148, y si, en caso de hacerlo, mantiene o no su condición de circunstancia cualificante. En relación con la circunstancia primera de que «en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado» el Tribunal Supremo la ha considerado compatible con la alevosía⁶¹³. Particularmente relevante a este respecto es la STS 4372/2010 de 22 de julio. En ella la parte recurrida parte de que el 148 recoge un único tipo cualificado que atiende a una serie de circunstancias para su aplicación, conforme al resultado causado o riesgo producido, entre ellas la alevosía. Si —continúa la parte recurrida— en atención a esas circunstancias —en concreto de la primera de empleo de armas, instrumentos, objetos, etc.— ya se ha subsumido la conducta, conforme al resultado causado o el riesgo producido, en el tipo cualificado de lesiones, entonces volver a tomar en cuenta esas circunstancias —ahora la segunda circunstancia de alevosía— vulneraría el principio de

⁶¹² El Tribunal Supremo ha reconocido esta posibilidad en las siguientes sentencias: STS 5615/2010 de 14 de octubre y STS 7732/2010 de 27 de noviembre.

⁶¹³ Véase STS 3337/2010 de 14 de junio; STS 4372/2010 de 22 de julio; STS 7542/2010 de 22 de diciembre; STS 2039/2011 de 14 de abril; STS 9136/2011 de 27 de diciembre; STS 3807/2012 de 22 de mayo; STS 3726/2012 de 30 de mayo; STS 111/2013 de 17 de enero; STS 3255/2013 de 19 de junio; STS 1745/2014 de 16 de mayo; STS 2700/2014 de 24 de junio.

non bis in idem. Frente a esta alegación el Tribunal Supremo entiende que el 148 no tipifica un solo subtipo cualificado del delito básico de lesiones, sino varios, cada uno con individualidad propia por los diferentes elementos típicos que cada uno requiere y que les diferencia de los demás. Como —prosigue el Tribunal— subsumir la conducta en el subtipo cualificado del 148.1 no implica que ésta se ejecute con alevosía, esta circunstancia puede tomarse en cuenta a continuación para agravar el hecho sin que se infrinja el principio de *non bis in idem* plasmado en el artículo 67⁶¹⁴; la agresión cometida con instrumentos, medios o formas concretamente peligrosas subsumida en el 148.1 podría haberse llevado a cabo cara a cara, permitiendo la defensa del atacado, si en cambio se ejecuta por sorpresa, impidiendo toda posibilidad de una reacción defensiva, esta circunstancia debe tomarse en cuenta como agravante del 22.1 en el reproche penal⁶¹⁵. En términos generales se debe estar de acuerdo con la solución del

⁶¹⁴ Igualmente STS 2039/2011 de 14 de abril: «Lógicamente —dice la STS. 1348/2009 de 30.12— la especificidad del art. 148 C.P. hará que la circunstancia agravatoria estimada (alevosía), al resultar inoperante por la concurrencia del subtipo del n° 1° (empleo de medios peligrosos) deba funcionar, por mor de la asignación de toda la eficacia punitiva que el legislador prevé en el Código, como agravante genérica. Ninguna mención aparece en el mismo, que, ante la estructura de un tipo cualificado mixto alternativo se niegue a las circunstancias que resulten anodinas o innecesarias para alumbrar dicho subtipo, la posibilidad de actuar como genéricas, si realmente se hallan simultáneamente previstas en el art. 22 del C.Penal. Por ello no se puede compartir la tesis de que la alevosía se haya subsumido en el subtipo agravado de lesiones del art. 148.1 CP. En efecto, como se dice en la STS. 789/2000 de 5.5, La esencia del art. 148.1° y el fundamento de la agravación de la pena que previene el precepto radica en el resultado lesivo causado en la integridad de la víctima o en el riesgo producido según los instrumentos, armas, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud física o psíquica del lesionado. Ejecutar la agresión de manera alevosa no se encuentra necesariamente descrito en el tipo, pues es claro que el resultado lesivo ocasionado puede producirse realizando el ataque con alevosía, pero también sin que esta circunstancia concorra, como también es perfectamente posible efectuar la agresión alevosamente sin que sea de aplicación el subtipo agravado ante la ausencia de un resultado o riesgo especialmente grave para la víctima (SSTS. 155/2005 de 15.2, 1348/2009 de 30.12, 728/2010 de 22.7)»; STS 3726/2012 de 30 de mayo: «Sin embargo, la doctrina de esta Sala (SSTS. 1348/2009, de 30 de diciembre y 246/2011 de 14 de Abril [es la sentencia arriba comentada], entre otras) estima que la especificidad del art. 148 del Código Penal determina que cuando concurre la circunstancia agravatoria de alevosía, pero resulta inoperante por la concurrencia del subtipo del núm. 1° (empleo de armas o medios peligrosos) dicha circunstancia debe funcionar, para alcanzar toda la eficacia punitiva que el Legislador le atribuye en el Código, como agravante genérica. No existe ninguna norma en el Código Penal, que, ante la estructura de un tipo cualificado mixto alternativo niegue a las circunstancias que resulten anodinas o innecesarias para alumbrar dicho subtipo, la posibilidad de actuar como agravantes genéricas si realmente se hallan simultáneamente previstas en el art. 22 del Código (STS 246 /2011 de 14 de Abril), por lo que no se puede compartir la tesis de que la alevosía se haya subsumido en el subtipo agravado de lesiones del art. 148.1 CP». En términos prácticamente idénticos STS 3255/2013 de 19 de junio.

⁶¹⁵ De nuevo coincidente la STS 3726/2012 de 30 de mayo y STS 3255/2013 de 19 de junio: «Como se dice en la STS. 789/2000 de 5 de mayo, la esencia del art. 148.1° y el fundamento de la agravación de la pena que previene el precepto radica en el resultado lesivo causado en la integridad de la víctima o en el riesgo producido según los instrumentos, armas, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud física o psíquica del lesionado. Ejecutar la agresión de manera alevosa no se encuentra necesariamente descrito en el tipo, pues es claro que el resultado lesivo ocasionado puede producirse realizando el ataque con alevosía, pero también sin que esta circunstancia concorra, como también es perfectamente posible efectuar la agresión alevosamente sin que sea de aplicación el subtipo

Tribunal, con la salvedad de que parece más adecuado en lugar de considerar al 148 como una pluralidad de subtipos cualificados, entenderlo como un único tipo cualificado de estructura alternativa, en el cual baste cualquiera de las circunstancias previstas para apreciar las lesiones cualificadas, pudiéndose tomar en cuenta, cuando concurra más de una circunstancia, el resto, siempre que sea posible, como circunstancias agravantes⁶¹⁶. De esta manera, a diferencia del asesinato donde el legislador ha previsto un marco penal nuevo en el 139 cuando se presentan dos o más circunstancias del 138, en las lesiones cualificadas del 148 en caso de concurrir varias circunstancias existirá la posibilidad de que la alevosía funcione de una de estas dos maneras: o bien como la circunstancia que cualifica las lesiones básicas del 147.1 o bien como agravante del 22.1 cuando ya otra circunstancia del 148 haya sido utilizada para la cualificación.

Esta doble posibilidad se presenta con la otra circunstancia —el ensañamiento— que el 148.2 recoge junto a la alevosía. Que ambas circunstancias son compatibles lo demuestra el hecho de que las dos pueden apreciarse conjuntamente en el asesinato del artículo 140. En las lesiones cualificadas del 148, sin embargo, la dificultad estriba, dado que no se ha previsto un marco penal nuevo para el caso de que concurran más de una circunstancia, en saber cuál de las dos circunstancias funciona como cualificante y cuál otra como agravante. En realidad, parece que, sea cual sea la elección, a efectos prácticos tampoco existirá diferencia; puesto que ambas son cualificantes de las lesiones y ambas agravantes del 22, carece de relevancia práctica tomar bien a la alevosía como

agravado ante la ausencia de un resultado o riesgo especialmente grave para la víctima (SSTS. 155/2005 de 15 de febrero, 1348/2009 de 30 de diciembre, 728/2010 de 22 de julio y 246/2011 de 14 de Abril [es la sentencia arriba comentada]); STS 1745/2014 de 16 de abril: «En todo caso, la apreciación del art 148 CP sólo requiere uno cualquiera de los tres elementos (armas o instrumentos, alevosía o ensañamiento) que la Sala ha estimado concurrentes. Es por eso que la Sala, afirmando expresamente en el FJ segundo, folios 13 y ss, que concurren las circunstancias de uso de armas, de alevosía y de ensañamiento, procede a usar solo una de ellas para atraer el tipo penal del art. 148, lo que obliga, concurriendo las restantes, a valorarlas como agravantes genéricas, como ha hecho la Sala de instancia, a través del art. 66 apartado 7 para compensarlas racionalmente con la atenuante de reparación y estimar que las razones de agravación son ante la *'brutalidad de la acción'* —como califica la sentencia— merecedoras de la pena en su mitad superior». Sin embargo véase la STS 3465/2014 de 13 del mayo donde pese a apreciarse los subtipos del 148.1, .2, .3 y .5, no se hace funcionar a la alevosía y al ensañamiento como circunstancias agravantes.

⁶¹⁶ En este sentido CANCIO MELIÁ, Manuel, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 415: «El presente precepto [art. 148] sustituye con ventaja, como se observará a continuación, al antiguo art. 412 (número 1 y 3) CP 1973 como figura cualificada. Se trata de un tipo agravado con estructura mixta alternativa, de modo que la presencia de una sola de las tres situaciones agravantes podrá dar lugar a la aplicación de la figura, sin que la concurrencia de más de una de ellas produzca un incremento de penalidad, aunque pueda ser tendida en cuenta, en su caso, como agravante genérica».

cualificante y agravar con el ensañamiento, o bien al ensañamiento como cualificante y agravar con la alevosía. Dependiendo de esta elección, la alevosía puede actuar o como cualificante de las lesiones básicas del 147.1 en las del 148 luego agravadas por ensañamiento, o como agravante de unas lesiones ya calificadas del 148 por ensañamiento.

En cuanto a la compatibilidad de la alevosía con la tercera circunstancia del 148 de que la víctima sea menor de doce años o incapaz, la misma STS 4372/2010 de 22 de julio antes citada admite de manera hipotética, sin que constituya el supuesto de hecho juzgado en la sentencia, la posibilidad de este supuesto⁶¹⁷. No obstante, a la vista de la propia concepción jurisprudencial acerca de la alevosía, caben serías dudas de que el Tribunal pueda mantener de forma coherente esta postura. Porque en una jurisprudencia reiterada viene pronunciándose a favor del desvalimiento como modalidad de alevosía, dentro del cual en principio encajarán en muchos casos —cuando no tengan capacidad alguna de defensa— tanto el menor de doce años como el incapaz del 148.3. Cuando esto ocurra, parece que por razones de inherencia no sería correcto que la jurisprudencia aplicara la agravante de alevosía a unas lesiones calificadas ya por la circunstancia tercera del 148. En cambio si el menor de doce años o el incapaz cuentan con posibilidades de defensa disminuidas se estará conforme a la doctrina jurisprudencial ante un supuesto de abuso de superioridad, que al tratarse de una forma de alevosía menor no puede ser apreciado conjuntamente, por razones de incompatibilidad, con la alevosía (mayor).

Sin embargo, no es la postura jurisprudencial la que aquí se defiende. Como se verá extensamente en el próximo capítulo, ni la merma ni la imposibilidad total de defensa intrínseca a la víctima y por tanto *no causada* por el autor pueden entenderse —precisamente porque no se emplean para causarla los medios, modos o formas requeridos en el 22.1— como casos de alevosía de acuerdo a la literalidad del precepto⁶¹⁸. Por este motivo entiendo que en realidad los casos del menor de 12 años o

⁶¹⁷ En concreto afirma el Tribunal Supremo en la mencionada sentencia: «Es elemental que en este segundo escenario el mayor desvalor de la acción exige también un mayor reproche, de la misma manera que en un hipotético supuesto se aplicara, por ejemplo, el subtipo agravado de ser la víctima menor de doce años o incapaz (art. 148.3º), y, además, se hubiera ejecutado la acción con alevosía o con ensañamiento».

⁶¹⁸ Esta regla general admite, sin embargo, excepciones (entre ellas el caso en el que se ataca al desvalido debido a su propia indefensión). Más extensamente véase el capítulo 4.

el incapaz del 148.3 (casos de imposibilidad o disminución de la defensa no causada por el autor) remiten al supuesto del abuso de superioridad⁶¹⁹. Ahora bien, si la circunstancia tercera del 148 recoge casos de abuso de superioridad⁶²⁰, entonces tampoco éstos son compatibles con la alevosía⁶²¹, ya que, como se dijo arriba, el abuso de superioridad representa un alevosía menor o de segundo grado, de forma que o bien se presenta el grado mayor que es la alevosía y entonces no se da el menor que es el abuso —aplicándose las lesiones del 148.2—, o bien concurre el grado menor que es el abuso y

⁶¹⁹ En realidad la cuestión, como se verá en el capítulo 4, es más compleja. *Conceptualmente* el abuso de superioridad sólo comprende casos de disminución o debilitamiento de la defensa. Los casos de imposibilidad total de defensa intrínseca a la víctima (no causada por el autor) son, en cambio, supuestos de desvalimiento. Sin embargo, a nivel práctico y a falta de una alternativa mejor —que no existe en las lesiones cualificadas del 148— no hay ninguna dificultad para subsumir el desvalimiento en el abuso de superioridad dado que si éste ya castiga el aprovechamiento de una posibilidad de defensa debilitada con mayor razón ha de castigar el aprovechamiento cuando, como en el desvalimiento, la imposibilidad de defensa es total.

⁶²⁰ DIEZ RIPOLLES, José Luis, *Los delitos de lesiones*, ob. cit., pág. 82: «El tipo agravado del número 3 del art. 148 encuentra su fundamento en el especial aseguramiento de la ejecución del menoscabo a la salud e integridad personales que generalmente deriva de que la víctima sea un menor de edad o un incapaz. Constituye en este sentido una variante específica, aparentemente más restringida, de la circunstancia genérica de abuso de superioridad del art. 22.2». FELIP I SABORIT, David, en *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 56: «El fundamento de esta agravación (art. 148.3º CP) radica, según la opinión mayoritaria, en la situación de indefensión de esta clase de víctimas y el abuso de superioridad por parte del autor». CANCIO MELIÁ, Manuel, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 418: «El fundamento de la presente cualificación [148.3º] es similar al de la agravante genérica de abuso de superioridad (art. 22.2)».

⁶²¹ Respecto a la incompatibilidad entre las circunstancias de alevosía y de abuso de superioridad véase: MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte especial*, ob. cit., pág. 49: «La alevosía absorbe las agravantes de disfraz y abuso de confianza y superioridad, lo que no quiere decir que siempre que se den estas agravantes se dé también la alevosía, sino, al contrario, que siempre que se aprecie alevosía no podrán apreciarse coetáneamente otras agravantes similares»; CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 77; PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., págs. 209 y s.: «Por lo demás, es claro que cuando se aprecie la alevosía no puede ser estimado también el abuso de superioridad, que queda subsumido en aquella (doctrina y jurisprudencia absolutamente dominantes; de otra opinión Cerezo Mir, porque a su juicio la alevosía no implica siempre un abuso de superioridad, pero esta interpretación pasa por alto que ambas circunstancias coinciden sustancialmente en su fundamento, en una línea de mayo a menor intensidad: así claramente la SSTS de 24-9-1997 y 13-3-200)»; ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, ob. cit., pág. 73: «Sin embargo, dado el fundamento semejante que tiene la agravante de abuso de superioridad, ha de entenderse que es incompatible con la de alevosía, y de concurrir ésta no será aplicable aquélla». Igualmente la jurisprudencia: STS 3550/2010 de 8 de junio: «La subsistencia de la circunstancia de alevosía impide la apreciación de la de abuso de superioridad, 2ª del art. 22 CP, que se propone como alternativa, estando en aquélla subsumida por no ser sino una alevosía menor o de segundo grado (Cfr. SSTS 1190/98, de 16 de octubre; 226/99, de 16 de febrero, ó 74/1999, de 1 de marzo)»; STS 4063/2010 de 18 de junio: «No es arbitrario excluir el abuso de superioridad para afirmar que en el caso concurrió alevosía, toda vez la alevosía es una agravante que constituye [sic] —según la jurisprudencia— una forma cualificada del abuso de superioridad»; STS 7043/2010 de 2 de diciembre: «Incluso hemos dicho (Cfr. STS nº 639/2010, de 18 de junio) que la alevosía es una agravante que constituye una forma cualificada del abuso de superioridad, por lo que apreciada la primera ha de excluirse la segunda»; STS 3897/2012 de 5 de junio de 2012 ha negado la posibilidad de apreciar la agravante de abuso de superioridad en un asesinato alevoso: «En cuanto al delito de asesinato caracterizado por la concurrencia de alevosía tampoco puede estimarse la citada agravante [abuso de

no la alevosía que es el mayor —en cuyo caso el 148.3 será aplicable para el menor de 12 años o el incapaz—⁶²².

La cuarta circunstancia del artículo 148 consiste en que «la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiese estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia». Es cierto que esta circunstancia involucra, como se ha dicho, un cierto componente relativo a la vulnerabilidad de la mujer⁶²³, pero este componente a la vez queda restringido por determinadas razones de parentesco (en sentido penal), pues en el 148.4 no se protege a toda mujer, sino en concreto a aquellas que mantienen o mantuvieron relaciones de afectividad —sea como esposa o análoga— con el autor. Si uno se atiene únicamente al elemento de la vulnerabilidad, cabría pensar que el fundamento de la circunstancia está próximo al debilitamiento de las posibilidades de defensa característico del abuso de superioridad, con lo que, siendo el abuso una forma de alevosía menor, se estaría cerrado el camino a la compatibilidad con la propia circunstancia agravante de alevosía⁶²⁴. Sin embargo, el

superioridad] sin incurrir en ese vetado doble castigo en la medida que el modo alevoso acarrea esa facilitación de comisión que justifica también el abuso que, por ello, la recurrida sanciona de manera doble»; STS 2097/2014 de 12 de mayo: «El segundo obstáculo que se alza frente a la estimación del recurso [que se aprecie la circunstancia de abuso de superioridad], está relacionado con el hecho de que la sentencia de instancia ha calificado los hechos como constitutivos de un delito de asesinato intentado por la concurrencia de la agravante de alevosía (art. 139.1 del CP). Es evidente que entre el abuso de confianza y la modalidad de la alevosía —que se aprovecha, entre otros elementos, de la sorpresa asociada al mecanismo de ejecución—, pueden existir *áreas de inherencia* que, de no ser advertidas, podrían conducirnos a un doble reproche de la misma realidad, con la consiguiente quiebra de la medida de culpabilidad».

⁶²² En caso de que se esté ante un supuesto de abuso de superioridad, pero donde la víctima no es ni menor de doce años ni incapaz, entonces lo aplicable serían las lesiones básicas del 147.1 con la agravante de abuso de superioridad. En este sentido STS 5615/2010 de 14 de octubre, descarta la alevosía y aplica el 147.1 con abuso de superioridad. La agravante abuso de superioridad junto al 147.1 tampoco sería aplicable, además de en los casos del menor de 12 o el incapaz, para el conviviente del autor especialmente vulnerable, pues como veremos más adelante este supuesto determina la aplicación del 148.5.

⁶²³ CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., pág. 144: «[...] las razones de la agravación [del 148.4] han de verse en la especial vulnerabilidad y, por consiguiente, mayor necesidad de tutela penal de las componentes femeninas en toda relación afectiva familiar o asimilada a ésta».

⁶²⁴ En la doctrina italiana se entiende que el abuso de relaciones domésticas, de cohabitación u hospitalidad son un caso específico de la agravante de defensa disminuida equivalente a nuestra agravante del artículo 22.2. DE FRANCESCO, Giovannangelo, «Note in tema di concorso tra il delitto di sottrazione di incapaci e il sequestro di persona, e tra le aggravanti della minorata difesa e dell'abuso di relazioni», en *Cassazione Penale*, fasc. 3-4, 1979, págs. 354 y s.: «El segundo problema planteado por la sentencia señalada se refiere a la 'compatibilidad' entre la agravante prevista en el art. 61 n.º 5 ('el haber aprovechado las circunstancias de tiempo, lugar o persona tales de obstaculizar la defensa pública o privada') y aquella prevista por el art. 61 n.º 11 ('el haber cometido el hecho con abuso de autoridad o de relaciones domésticas, o con abuso de relaciones laborales, de prestación de obra, de cohabitación o de hospitalidad'). Desde el plano de la indagación estructural, parece bastante evidente como los dos supuestos de hecho circunstanciales se encuentran en una relación de especialidad, en cuanto que la

hecho de que el 148.4 no esté destinado a cualquier mujer muestra ya que lo prima como fundamento son las relaciones de afectividad. En la medida en que *en general* las relaciones de parentesco del artículo 23 son perfectamente compatibles con la alevosía, no parece existir ninguna dificultad para apreciar, dado el caso, la agravante de alevosía *en concreto* respecto a las relaciones de afectividad mantenidas por la mujer con el autor. En realidad esta solución arroja un resultado bastante parejo a la calificación que correspondería cuando el hombre, en la relación de afectividad, fuera la víctima de las lesiones; si para el caso de que la mujer sea víctima corresponden unas lesiones del 148.4 concurriendo la agravante de alevosía, la calificación en el supuesto de que el hombre sea víctima serían unas lesiones alevosas del 148.2 con la agravante de parentesco⁶²⁵.

Por último está la quinta circunstancia del 148 de ser «la víctima persona especialmente vulnerable que conviva con el autor». A diferencia de la circunstancia anterior en este caso el mismo precepto resalta la especial vulnerabilidad de la víctima, lo que conduce de nuevo, como ocurría con el menor y el incapaz del 148.3, a formas de alevosía menor donde la merma o imposibilidad de la víctima para ejercer la defensa no es causada por el autor. En la medida en que se está dentro del marco de la alevosía menor, en las lesiones del 148.5 no cabe la agravación por la propia alevosía (“mayor”). En caso de que exista no sólo una especial vulnerabilidad sino el empleo de medios alevosos, entonces decae la aplicación de esta circunstancia quinta, entrando en juego la propia alevosía (“mayor”), es decir, las lesiones cualificadas por alevosía del 148.2.

conducta de abuso de autoridad, de relaciones domésticas, de cohabitación, y las otras dichas, puede ser sin más considerada como una ‘forma’ de la conducta de aprovechamiento descrita genéricamente por el art. 61, n. 5 c.p. [*Il secondo problema posto dalla sentenza riguarda la ‘compatibilità’ tra l’aggravante prevista nell’art. 61 n. 5 (‘l’averne profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona tali da ostacolare la pubblica o privata difesa’) e quella prevista dall’art. 61 n. 11 (‘l’averne commesso il fatto con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni di ufficio, di prestazioni d’opera, di coabitazione o di ospitalità’)*]. Sul piano dell’indagine strutturale, sembra abbastanza evidente come le due fattispecie circostanziali si trovino in un rapporto di specialità, in quanto la condotta di abuso di autorità, di relazioni domestiche, di coabitazione, e così via dicendo, può essere senz’altro considerata come una ‘forma’ della condotta profittatoria genericamente descritta dall’art. 61, n. 5 c.p.].».

⁶²⁵ La diferencia sí aparecería cuando no se presentara la alevosía. Entonces si la víctima es mujer estaríamos ante unas lesiones cualificadas del 148.4, pero si es un hombre sólo ante las básicas del 147.1 aunque agravadas por la circunstancia de parentesco.

v) Las lesiones calificadas por el resultado del 149 y del 150

En función del grado de menoscabo de la integridad física o de la salud aparecen en primer lugar como más graves las lesiones calificadas del 149 donde se causa «la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica»⁶²⁶. El mismo precepto admite la causación de este tipo de lesiones «por cualquier medio o procedimiento», lo que hace que los medios alevosos ni sean inherentes al delito —puesto que no sólo a través de los alevosos, sino de “cualquier medio” es posible causar estas lesiones—, ni tampoco incompatibles —ya que en “cualquier medio” están también incluidos los alevosos—. En segundo lugar, como menos graves y subsidiarias a las anteriores se encuentran las lesiones calificadas por el resultado del 150, en las que el autor causa a otro «la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad». Como en el caso anterior, ni razones de inherencia —es posible una comisión no alevosa de estas lesiones— ni razones de incompatibilidad —e igualmente posible una comisión alevosa— impiden la aplicación de la circunstancia agravante de alevosía a las lesiones calificadas previstas en el 150. El Tribunal supremo ha confirmado, por otra parte, la aplicación de la agravante de alevosía tanto a las lesiones del 149 como a las del 150⁶²⁷.

vi) El delito del 153: La falta del 617 sobre persona allegada.

Las lesiones, el golpeo o el maltrato de obra previstos como falta en el artículo 617 pasan a considerarse delito cuando se realizan sobre una víctima vinculada con el autor. De manera más grave, en el apartado primero del 153, cuando se trata o bien a) de la «esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de

⁶²⁶ La LO 11/2003 de 29 de septiembre añadió un segundo párrafo donde castiga con la misma pena del párrafo 1º del 149 la mutilación genital. Como se ha indicado, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, ob. cit., pág. 198, no era necesaria esta modificación en la medida que «esta conducta podía considerarse igualmente típica conforme al apartado 1º, si no fuera porque este nuevo párrafo añade «la posibilidad de aplicar en este caso la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento cuando la víctima sea menor o incapaz».

⁶²⁷ Véase por ejemplo STS 5468/2010 de 15 de septiembre (lesiones calificadas del 150 con agravantes de alevosía y relación análoga a la del cónyuge); STS 4940/2012 de 25 de junio (lesiones calificadas del 149 con agravantes de alevosía y parentesco y atenuante de dilaciones indebidas); STS 5121/2012 de 4 de julio (lesiones calificadas del 149 con agravante de alevosía y atenuante de reparación del daño); STS 1184/2014 de 13 de marzo de 2014 (lesiones calificadas del 150 con agravantes de alevosía y parentesco); STS 543/2015 de 6 de febrero de 2015 (lesiones calificadas del 149.1 con agravante de alevosía).

afectividad aun sin convivencia» (mismo sujeto pasivo del 148.4), o bien b) de «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor» (mismo sujeto pasivo del 148.5). Y de forma menos grave, en el segundo apartado del 153, cuando el sujeto pasivo sea alguna de las personas previstas en el artículo 173.2, exceptuando a las previamente recogidas en el primer apartado del 153 (descendientes, ascendientes o hermanos propios o del cónyuge o conviviente, etc.).

A diferencia de lo que ocurría con la acumulación de faltas de lesiones del 147.1 parr. 2º, donde el autor cometía únicamente faltas —y no un delito— sólo que reiteradamente, en el 153 el autor comete un delito —y no una falta del 617— debido a que la especial protección de determinados sujetos pasivos —los nombrados en el apartado 1º y 2º del 153— convierte lo que tan sólo era una falta del 617 en un auténtico delito⁶²⁸. En la medida en que se comete un delito contra la personas, como exige el 22.1, se abre la posibilidad de aplicar al 153 la agravante de alevosía, pero haciendo las salvedades que ya se hacían al analizar los sujetos pasivos del 148.3º, 4º y 5º. Es decir, si la especial protección de la víctima se basa en razones de parentesco (por ejemplo la esposa o mujer ligada por afectividad al autor, descendientes, ascendientes, etc.) entonces será aplicable la agravante, pero si, en cambio, se fundamenta en razón a su especial vulnerabilidad, entonces estaremos en el ámbito de la alevosía menor y no podrá apreciarse la “mayor” del 22.1.

Con la entrada en vigor de la LO 1/2015 de 30 de marzo el artículo 153 se ha modificado. Al desaparecer las faltas del Código, las lesiones, el golpeo o el maltrato de obra del artículo 153 no están ya remitidos a la falta del artículo 617 sino respectivamente al 147.2 (lesiones que no requieren tratamiento médico) y 147.3 (golpeo o maltrato de obra). En cualquier caso, esta modificación no altera las conclusiones acerca de la aplicación de la alevosía mencionadas para la anterior regulación.

⁶²⁸ Y esto siguiendo la misma lógica que por ejemplo permitía en el anterior Código penal del 73 convertir sólo en atención del sujeto pasivo un delito como el homicidio en otro más grave como el parricidio.

vii) La riña del 154

Unánimemente se ha reconocido que el delito de riña resulta incompatible con la alevosía⁶²⁹. La doctrina está en lo cierto; el que la alevosía requiera que el autor elimine la posibilidad de defensa de la víctima no es compatible con el delito del 154, no sólo porque en una situación de riña no es posible distinguir entre autor y víctima, puesto que todos los que participan son coautores en la riña, sino también porque no se elimina la capacidad de reacción de los participantes, los cuales precisamente para cometer este delito han de poner en juego esa capacidad acometiéndose entre sí. La prueba de hasta qué punto alcanza esta incompatibilidad está en el hecho de que la jurisprudencia admita que incluso una riña no actual sino previa es eficaz *por lo general* para excluir la alevosía⁶³⁰.

⁶²⁹ CAMARGO HERNÁNDEZ, Cesar, *La alevosía*, ob. cit., pág. 59: «Teniendo en cuenta el concepto que de la riña tumultuaria da el Código penal en el art. 408 al decir: ‘Cuando riñendo varios y acometiéndose confusa y tumultuariamente...’; entendemos que en este tipo delictivo no es posible la concurrencia de la circunstancia de alevosía, pues la situación de riña excluye la apreciación de esta agravante y cuando varios acometen a uno solo no hay riña tumultuaria por requerirse para su existencia varios contendientes por cada parte». ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 108: «En consecuencia no cabe apreciar en este delito la alevosía por las siguientes razones: porque se desconoce quien es el autor del hecho, porque la riña elimina la sorpresa y finalmente porque son incompatibles, ya que es imposible buscar la indefensión de la víctima». MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 104: «Pues bien: en estos supuestos de riña tumultuaria es inaplicable la alevosía, porque, de un lado, el sujeto pasivo, que ha de ser uno de los contendientes, no puede hallarse en la situación de indefensión, que buscada de propósito o, al menos, aprovechada, es la esencia de la alevosía y porque, de otra parte, como razona FERRER SAMA, si en estas figuras el Código parte del principio de que sea imposible conocer la persona del propio autor, tanto más imposible será conocer la forma en que el acometimiento se verificó». PUIG PEÑA, Federico, «Alevosía», ob. cit., pág. 562: «Que, finalmente, tampoco podrá apreciarse la alevosía en el delito de *homicidio o lesiones en riña tumultuaria*, pues aun cuando en la realidad de los hechos no haya obstáculo para que la muerte, en una situación confusa y tumultuaria, pueda en algún momento ser alevosa, sin embargo, como quiera que en esta figuras el Código parte del principio de que sea imposible conocer la persona del propio autor, tanto más imposible será —como dice FERRER SAMA— conocer la forma en que el acometimiento se verificó». FERRER SAMA, Antonio, «Artículo 10.1», ob. cit., pág. 334: «Es necesario que varios sujetos riñan entre sí, acometiéndose confusa y tumultuariamente, y, por tanto, no es con ello compatible la circunstancia de indefensión, buscada de propósito o al menos aprovechada, en la cual reside la esencia de la alevosía [...] Por otra parte, si en estas figuras el Código parte del principio de que sea imposible conocer la persona del propio autor, tanto más imposible sería conocer la forma en que el acometimiento se verificó». ZAPATA MEDINA, Jorge, *Jurisprudencia sobre la alevosía (Art. 12 N° 1° del Código Penal) (1907 – 1964)*, ob. cit., pág. 33: «Por otro lado, la riña o pelea excluye la alevosía porque cada parte corre su riesgo». CAMAÑO ROSA, Antonio, *Legítima defensa, alevosía (Apartado de la “Revista de Criminología”)*, ob. cit., pág. 76: «Es difícilmente apreciable en el delito de riña [...] tanto por ser incompatible con la naturaleza de la alevosía, como porque, si en la mayoría de los casos es imposible individualizar al autor del resultado mortal o lesivo, más imposible será conocer la forma en que el acometimiento se verificó».

⁶³⁰ STS 5289/2010 de 6 de octubre y STS 269/2014 de 24 de enero: «Generalmente se ha excluido la alevosía en los supuestos en los que el ataque se realiza en el marco de una pelea o discusión violenta previa, pues se entiende que en esos casos puede considerarse la existencia de posibilidades de defensa por parte del sujeto atacado en cuanto puede afirmarse que debe estar precavido ante una posible agresión de su contendiente»; STS 6815/2010 de 22 de noviembre: «[...] la situación de enfrentamiento y violencia que precedió a los hechos mortales denotan una gran agresividad y tensión entre los acusados y

viii) Las lesiones al feto del 157 y del 158

Se incluyen en el apartado de las lesiones las causadas al feto del Título IV, debido a que en el caso de los artículos 157 y 158 también se causa un menoscabo de la integridad física o salud, aunque con la importante diferencia respecto a las lesiones del Título III de que dicho menoscabo recae sobre el feto, en lugar de sobre la persona. Evidentemente existe incompatibilidad entre las lesiones imprudentes al feto del 158 y la circunstancia de alevosía que, como se ha repetido, requiere de una comisión dolosa. En cuanto a las lesiones dolosas del 157, la posibilidad de apreciar alevosía dependerá, al igual que en el aborto no consentido, de que se conceda a la mujer embarazada la condición de sujeto pasivo de este delito. Siendo ella la ofendida del 22.1, deberá

la víctima. Si aquellos disparan contra la fachada del que resultó muerto, ponen en evidencia sus inequívocos propósitos agresivos, lo que elimina ya de entrada la modalidad alevosa de la asechanza o sorpresa inesperada»; STS 2039/2011 de 14 de abril, STS 5129/2011 de 28 de junio, STS 5144/2011 de 19 de julio, STS 7290/2011 de 2 noviembre y STS 5442/2014 de 26 de diciembre: «Es cierto que hay una doctrina reiterada de esta Sala que considera incompatible con la alevosía la existencia de una situación de riña o disputa previa, pues tal situación hace que pueda esperarse el ataque constitutivo del delito (SSTS. 12.5.93, 10.6.94, 24.7.2000), pero tal doctrina, dice la STS. 24.4.2000, tiene una doble matización: 1a. Que no exista un cambio cualitativo importante, pues puede haber alevosía cuando, por ejemplo, en una riña meramente verbal, de repente uno de los contendientes saca un arma de forma inesperada para matar o lesionar. 2a. Que no haya cesado el incidente anterior, pues cuando éste se ha dado por terminado y después hay una agresión súbita puede concurrir esta agravante. Por ello es compatible la alevosía con una discusión previa, cuando uno de los contendientes no puede esperar racionalmente una actitud exasperada de la otra parte que vaya más allá de la confrontación verbal y se deslice hacia una agresión desproporcionada que coja de sorpresa al acometido (SSTS. 892/2007 de 29.10, 912/2009 de 23.9)»; STS 3574/2011 de 4 de mayo: «Es cierto que la existencia de una discusión previa entre agresor y víctima, introduce, con carácter general, importantes matices, que han llevado a esta Sala a excluir la alevosía en no pocos supuestos, en la medida en que quien se incorpora a una riña asume la situación de riesgo y actúa prevenido frente a posibles agresiones (cfr. SSTS 1106/1993, 12 de mayo y 1222/1994, 10 de junio). Pero también hemos declarado en numerosas ocasiones (cfr. STS 1284/2009, 10 de diciembre) que esta agravación es perfectamente apreciable en los supuestos de riña previa cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento, se produce un cambio cualitativo en la situación (cfr. STS 683/2007, 17 de julio), sin que se pueda admitir que una vez surgida una discusión o riña, cualquier medio empleado para dirimir las diferencias, ya no puede ser calificado de alevoso (STS 941/2003, 30 de junio)»; STS 8848/2011 de 22 de diciembre: «[...] una doctrina reiterada de esta Sala considera incompatible con la alevosía la existencia de una situación de riña o disputa previa, pues tal situación hace que pueda esperarse el ataque constitutivo del delito. Pero esa riña previa no excluye la estimación de la agravante si: a) en el curso de la misma se produjo un cambio cualitativo relevante, bien en los procedimientos bien en los medios que, en la nueva situación, se emplean, y b) cuando la situación anterior ya había concluido, pues, en caso de solución de continuidad de la inicial disputa, la nueva situación hace que la agresión pueda considerarse sorpresiva»; STS 4944/2012 de 10 de julio y 140/2013 de 15 de enero: «Una constante doctrina jurisprudencial ha excluido la estimación de la agravante cuando a los actos de ejecución del delito contra las personas precede una situación tal que elimina la posibilidad de traición o sorpresa y en la que la víctima goza de posibilidades de defensa. Así en los supuestos en los que existe previamente una riña en la que autor y víctima asumen las eventuales agresiones del otro, y éstas se presentan como una previsible evolución en la escalada de la gravedad de los ataques mutuos previos. Salvo los casos de mutaciones sustanciales en esa escalada en cuanto a la entidad de las reacciones desproporcionadas por imprevisibles o a la desvinculación entre la situación de riña y una ulterior agresión».

aplicarse la circunstancia cuando el autor cometa un ataque doloso contra su embarazo sin dejar a la embarazada posibilidad alguna de defensa —por ejemplo administrándole sin que lo advierta una sustancia con efectos lesivos para el feto—, pero no cuando el ataque —por ejemplo cara a cara— permita a la mujer ejercer alguna clase defensa.

ix) Las lesiones consentidas del 155 y del 156

Al igual que en la cooperación ejecutiva del tercero consentida por el suicida o en el aborto consentido, la alevosía es incompatible con unas lesiones consentidas por el ofendido⁶³¹, porque en todos estos casos ni el autor elimina ni la víctima pierde, como exige la alevosía, la posibilidad de defenderse; en la mano de la víctima siempre está la evitación de la lesión con sólo desdecirse de su consentimiento. Si con ello no evitara la lesión entonces sí surgiría la posibilidad —cuando el autor elimine toda defensa— de apreciar alevosía, pero entonces no estaríamos ante unas lesiones consentidas desde el momento en que la causación de la lesión ha dejado de depender del consentimiento de la víctima.

3.3.g) Breve referencia a los delitos contra la seguridad colectiva

La comisión de buena parte de los delitos contra la seguridad colectiva supone una puesta en peligro de la *vida, de la integridad física o de la salud* de las personas. Este es el caso de a) delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes de los artículos 341, 342 y 343; b) estragos del artículo 346 c) otros delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes de los artículos 348 y 349; d) incendios de los artículos 351 y 352. En la medida en que los ataques *contra la vida, la integridad física y la salud* constituyen el ámbito propio de aplicación de la alevosía, cabe la cuestión de si la circunstancia podrá apreciarse respecto a tales delitos. La respuesta parece que debe ser negativa si se piensa en que empleo tales medios (exposición a radiaciones, explosiones, incendios, inundaciones, etc.) implican de manera inherente la imposibilidad de que la víctima se defienda ante ellos. Su carácter alevoso se demuestra

⁶³¹ Esta misma solución se adoptó en el antiguo Código de 1973 respecto a la mutilación consentida para eximirse del servicio militar o de un servicio público inexcusable del artículo 425. CAMARGO HERNÁNDEZ, Cesar, *La alevosía*, ob. cit., pág. 62. ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., págs. 112 y s. MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 108.

además por el hecho de que tanto doctrina⁶³² como jurisprudencia⁶³³ admiten que si el peligro llega a concretarse en una efectiva afectación de la vida, la salud o la integridad física, entonces las lesiones o muertes provocadas dolosamente por el empleo de tales medios deben calificarse como alevosas.

3.4. Toma de postura: una propuesta acerca del ámbito de aplicación de la alevosía

La propia definición de la alevosía, al limitar su aplicación al ámbito de los delitos contra las personas, niega su carácter de circunstancia genérica, con lo que parece ponerse en cuestión su presencia entre las circunstancias agravantes llamadas genéricas del artículo 22. A pesar de ello, una posible justificación de su permanencia en la parte general del Código sería que la alevosía, aunque no respecto de todo delito, sí es una circunstancia genérica para el conjunto de tipos especiales que regulan delitos contra las personas, los cuales necesitarían contar con una definición general de alevosía. Pero, ni siquiera esta justificación se deja sostener, dado que el hecho de que la alevosía se refiera *en general* a los delitos contra las personas debe considerarse errónea por tres motivos: a) por *ambigua*, b) por *incorrecta*, b) por *introducir distorsiones valorativas*.

⁶³² MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte especial*, ob. cit., pág. 575: «En relación al resultado muerte, si bien el Código penal de 1995 suprimió entre las circunstancias que dan lugar al asesinato el cometer el hecho por medio de incendio, veneno o explosivo, estos medios podrán reconducirse a la alevosía, en cuanto que tienden directamente a asegurar el resultado. Por lo mismo, en relación al resultado de lesiones, si se ejecuta el hecho por medios que ocasionen estragos, podrá apreciarse la alevosía como agravante genérica contemplada en el artículo 22,1ª». PUENTE SEGURA, Leopoldo, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, ob. cit., pág. 450: «[...] actualmente deberá darse cobertura en la circunstancia agravante de alevosía a otras modalidades tradicionales agravatorias que con la entrada en vigor del nuevo Código Penal de 1995 han perdido su identidad propia. Tal es el caso de la inundación, incendio, veneno o explosivo, cuando se utilizan para cometer un atentado contra las personas, ya que por la forma solapada de ejecución y la indefensión de la víctima frente a tales medios, constituyen conductas perfectamente calificables como alevosas».

⁶³³ STS 3102/2011 de 19 de mayo: «El homicidio cometido mediante incendio se convierte en asesinato alevoso y obliga a considerarlo desde el concurso de leyes del art. 8 CP» y en cuanto al tipo de concurso de leyes que existiría la STS 2735/2013 de 26 de abril: «[...] el delito de incendio y el asesinato no se encuentran relacionados bajo un vínculo de especialidad; la tesis del recurrente habría que reconducirla al principio de consunción, abundando en la idea de que es alevosa la muerte de otra persona causada mediante el prendimiento de fuego». STS 3045/2015 de 18 de junio: «[...] el empleo de explosivo, que fundamenta la alevosía [...]». Véase también STS 2969/2010 de 2 de junio en la que se consideró alevosa la muerte causada por una madre mediante el fuego del violador de su hija al que anteriormente había rociado con gasolina; STS 7174/2010 de 23 de diciembre donde igualmente se aprecia alevosía en el hecho de que el autor emplee el fuego víctima para matar a la víctima después de rociarla con gasolina; STS 352/2011 de 26 de enero en la que el Tribunal Supremo absuelve por vulneración de la presunción de inocencia, aunque la audiencia de instancia condenó por asesinato alevoso cometido por un autor, que había suscrito varias pólizas de seguro de vida en su favor por la muerte o invalidez de su mujer, mediante la simulación de un accidente y posterior quema del vehículo.

En primer lugar, una referencia genérica a los delitos contra las personas es *ambigua*, porque cuáles sean estos delitos es una cuestión sometida a un amplio margen de interpretación. Al margen de que pudieran existir otros posibles, señalaba QUINTANO RIPOLLÉS, tres sentidos de la expresión “delitos contra la persona”: uno amplio que abarcaría «toda o al menos gran parte de la delincuencia, ya que apenas se concibe delitos alguno que de modo más o menos directo deje de afectar al ser humano», otro más concreto que haría «referencia al individuo como sujeto pasivo del delito, distinto de la sociedad o comunidad», y un último extremadamente restringido procedente de la historia de la codificación que comprendería «bajo la rúbrica ‘delitos contra las personas’ únicamente los de contra la vida e integridad física»⁶³⁴. Dentro de esta ambigüedad y con objeto de superarla, más arriba he optado por la alternativa de sentido más restringida; la interpretación auténtica que daban nuestros Código penales de los delitos contra las personas identificándolos con los que se cometían contra la vida y la integridad física (y la salud). Pero ni aun interpretada en el sentido más restringido una referencia *en general* de la alevosía a los delitos contra las personas es correcta⁶³⁵.

Es *incorrecta*, en segundo lugar, porque, como hemos tenido ocasión de comprobar, no a *todos* los delitos contra las personas, es decir, no a *todos* los delitos contra la vida y la integridad física es aplicable la alevosía, sino en realidad sólo a unos pocos. No es circunstancia agravante genérica del homicidio, tampoco del asesinato ni de otras formas de homicidio cualificadas —salvo del homicidio del 585.2—, ni tampoco de la inducción y cooperación al suicidio, ni finalmente del aborto consentido. Como agravante genérica actúa sólo en las lesiones —y ni siquiera a todo tipo de lesión— y en el aborto no consentido, siempre que se admita para la madre la condición de ofendida.

Por último, la referencia general del 22.1 a los delitos contra las personas no sólo es *ambigua* e *incorrecta*, sino que junto a esto además *introduce distorsiones valorativas*. Ya en su día con relación al Código penal de 1973, GIMBERNAT ORDEIG advirtió acerca de que no todas las agravantes de los antiguos artículos 10 y 11

⁶³⁴ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, I Infracciones contra la persona en su realidad física*, ob. cit., págs. 36 y s.

⁶³⁵ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «La alevosía en el Código Penal de 1995», ob. cit., pág. 288: «Ello nos restringe, por tanto, la aplicación de la alevosía a los delitos contra la vida y la salud, lo que, en cualquier caso, no nos impide afirmar que en el nuevo Código penal, el problema de la determinación del ámbito de aplicación de la alevosía está inexplicable e injustificadamente mal resuelto en el art. 22, circunstancia 1.ª, del Código penal».

aplicables a los delitos contra la vida eran igualmente (des)valoradas por el legislador, existiendo en cambio una auténtica jerarquía axiológica entre ellas⁶³⁶. En la actualidad, la regulación en nuestro actual Código de las agravantes del artículo 22 aplicables a los delitos contra las personas permite seguir manteniendo un planteamiento similar, pues en el artículo 22 junto a las agravantes ordinarias conviven otras, a las que se podría denominar “superagravantes”⁶³⁷ —así: la alevosía del 22.1, el precio, recompensa o promesa del 22.3 y el ensañamiento del 22.5—, porque el legislador las (des)valora hasta

⁶³⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (Dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», ob. cit., págs. 438 y s.

⁶³⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (Dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», ob. cit., pág. 439, habla de “hiperagravantes”. Igualmente la jurisprudencia se ha pronunciado en dicho sentido: STS 4063/2010 de 18 de junio («la alevosía es una agravante que constituye —según la jurisprudencia— una forma cualificada de abuso de superioridad»); STS 7043/2010 de 2 de diciembre: «Incluso hemos dicho (Cfr STS nº 639/2010, de 18 de junio) que la alevosía es una agravante que constituye una forma cualificada del abuso de superioridad, por lo que apreciada la primera ha de excluirse la segunda »; STS 2230/2011 de 30 de marzo: «Ello hace que el motivo se estime parcialmente, considerando que *no concurre* la alevosía, pero sí el abuso de superioridad previsto en el art. 22-2 C.P., sin que pueda hablarse de vulneración del principio acusatorio, ya que los elementos constitutivos son prácticamente iguales, y se hallan en una gradación de mayor o menor gravedad. Si se elimina totalmente la defensa de la agredida, asegurando el resultado sin riesgo, nos hallamos ante la cualificación de alevosía. Si la capacidad de defensa no resulta anulada, sino ostensiblemente disminuía [sic], operará la agravante de abuso de superioridad»; la STS 5111/2011 de 18 de julio se refiere a la alevosía como una circunstancia de “especial gravedad”; STS 409/2012 de 20 de enero, STS 7804/2012 de 7 de noviembre, la STS 140/2013 de 15 de enero y STS 417/2015 de 13 de febrero la llaman “modalidad agravada” de abuso de superioridad; STS 8067/2011 de 16 de noviembre viene afirmar que la relación entre el abuso y la alevosía es de “homogeneidad descendente” (en gravedad): «La STS 509/1997, 10 de abril, calificó la relación entre los distintos tipos llamados a la protección de la libertad sexual como de una ‘homogeneidad descendente’. Procede afirmar primeramente ese tipo de homogeneidad entre el delito de violación con intimidación y el de estupro con prevalimiento, al igual que sucede, por ejemplo, entre el asesinato y el homicidio o entre las agravantes de alevosía y abuso de superioridad»; STS 436/2013 de 29 de noviembre (que cita la sentencia anterior): «La STS nº 1228/2011 [8067/2011], en sentido similar al sostenido en la STS nº 720/2007 y en la STS nº 841/2007, recordaba que ‘La STS 509/1997, 10 de abril, calificó la relación entre los distintos tipos llamados a la protección de la libertad sexual como de una ‘homogeneidad descendente’. Procede afirmar primeramente ese tipo de homogeneidad entre el delito de violación con intimidación y el de estupro con prevalimiento, al igual que sucede, por ejemplo, entre el asesinato y el homicidio o entre las agravantes de alevosía y abuso de superioridad». También esta circunstancia tiene una especial consideración (de cualificante) en otras legislaciones; así en Alemania, SCHMOLLER, Kurt, «Überlegungen zur Neubestimmung des Mordmerkmals “heimtückisch”», ob. cit., pág. 415: «La significación especial de la circunstancia “alevosía” resulta de su valor como una de las circunstancias de asesinato enumeradas en la ley; una muerte “alevosa” no puede juzgarse como un “mero” homicidio del § 212 CP [alemán] sino como un asesinato del § 212 CP [alemán]. Mientras el marco penal para el homicidio llega hasta una pena de prisión mínima de cinco años, se aplica para el asesinato una amenaza penal absoluta; está prevista exclusivamente la pena más alta, a saber la pena de prisión perpetua [Die besondere Bedeutung des Merkmals “heimtückisch” ergibt sich aus seinem Stellenwert als eines der im Gesetz aufgezählten Mordmerkmale; eine “heimtückische” Tötung ist nicht als “bloßer” Totschlag nach § 212 StGB, sondern als Mord nach § 211 StGB zu beurteilen. Während der Strafraum für Totschlag bis zu einer Mindestfreiheitsstrafe von fünf Jahren hinabreicht, gilt bei Mord eine absolute Strafandrohung: Es ist ausschließlich die Höchststrafe, nämlich lebenslange Freiheitsstrafe, vorgesehen]».

tal punto que les concede una eficacia cualificante que va más allá de sus efectos como meras circunstancias agravantes.

Esta diferencia jerárquica entre las circunstancias agravantes del artículo 22 se comprueba por ejemplo en la relación existente entre la alevosía del 22.1 y el abuso de superioridad del 22.2. Como se ha señalado más arriba, la jurisprudencia considera al abuso de superioridad una alevosía de segundo grado, es decir, de menor gravedad que la propia alevosía del 22.1. Este hecho parece haber sido reconocido por el Código que confiere a la alevosía una eficacia cualificante —en el homicidio y en las lesiones— que no posee el abuso de superioridad⁶³⁸. Pero si esto es así, si alevosía y abuso de superioridad son, por una parte, *diversamente* (des)valoradas por el Código y la jurisprudencia, lo que no se llega a comprender es que, por otra, se las considere *iguales* valorativamente, incluyendo a ambas entre las circunstancias agravantes del artículo 22.

De este modo, ocurre que siempre que la alevosía opera como circunstancia agravante se introducen irremediabilmente distorsiones valorativas, porque estando más desvalorada que una agravante ordinaria se la obliga a desplegar efectos meramente agravantes. Porque es una distorsión valorativa que la alevosía, incluso en un mismo delito, a veces funcione como cualificante y a veces como agravante, de modo que el legislador primero considere que la alevosía cualifica porque posee un desvalor mayor a una agravante ordinaria, y a reglón seguido se desdiga concediéndole el mismo efecto agravatorio que una circunstancia ordinaria menos desvalorada. Así sucede en las lesiones, produciéndose el contrasentido valorativo de que mientras que la alevosía cualifica a unas lesiones básicas del 147.1, porque el legislador entiende que contiene un desvalor mayor que una agravante ordinaria, dando lugar al marco penal nuevo del 148, en cambio cuando nos encontramos ante las lesiones más graves del 149 y 150 entonces ya no cualifica sino que sólo tiene el efecto agravatorio, que tendría cualquier otra agravante ordinaria con menor desvalor, de que la pena se imponga en la mitad superior del marco fijado respectivamente para el 149 y el 150. O dicho con nuestro ejemplo de la alevosía y el abuso de superioridad; si resulta correcto que, porque la alevosía está más desvalorada que el abuso, en las lesiones básicas del 147.1 el abuso dé lugar sólo a la agravación y la alevosía en cambio a la cualificación del 148, entonces

⁶³⁸ Sin embargo podría mantenerse que algunas formas específicas de abuso de superioridad tienen efecto cualificante, así los especialmente vulnerables de las lesiones calificadas del 148.5.

carece de toda coherencia valorativa que en las lesiones más graves del 149 y del 150 de repente alevosía y abuso de repente se desvaloren igualmente, dando lugar ambas sólo a la agravación⁶³⁹.

Si, como hemos visto, la alevosía como circunstancia genérica referida a los delitos contra las personas provoca *ambigüedad* —por su determinación imprecisa de los delitos a los que se aplica—, *falta de corrección* —porque no es una circunstancia genérica sino circunscrita a unos pocos delitos— y *distorsión valorativa* —ya que en los pocos delitos en que actúa como agravante interfiere con su mayor (des)valoración como cualificante—, entonces la opción más lógica es recomendar *de lege ferenda* su exclusión del catálogo de circunstancias genéricas del artículo 22, manteniéndose exclusivamente como circunstancia cualificante de determinados tipos especiales de delitos contra la vida y la integridad física —en concreto: el asesinato, las lesiones y probablemente el aborto no consentido—⁶⁴⁰. Con esta solución se evitarían los tres

⁶³⁹ Véase STS 2946/2015 de 21 de mayo donde ocurre precisamente esto respecto a unas lesiones calificadas del artículo 150: «En definitiva, a la vista de los hechos que la Sala sentenciadora declaró probados, podríamos concluir que, aunque las facultades de reacción y defensa de las víctimas se vieron comprometidas, no con la intensidad que la alevosía exige, lo que nos reconduce al ámbito de aplicación de la agravante de abuso de superioridad», viéndose obligada a reconocer pese al ello «[...] la agravante que concurre no es la de alevosía del artículo 22.1, sino la de abuso de superioridad del artículo 22.2. Sin embargo esta distinta calificación de la circunstancia de agravación no tendrá incidencia en la pena impuesta, que ha sido determinada en relación al delito, en el mínimo legalmente posible de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150 en relación con el 66.3 ambos del CP». Igualmente sobre que alevosía y abuso conducen al mismo efecto agravatorio en concreto en el caso de las lesiones del 149 véase STS 4940/2012 de 25 de junio: «Se está, por tanto, ante un supuesto de alevosía por desvalimiento ante la situación de indefensión en que se halla un menor de esa edad frente a su madre en el interior de una dependencia de la casa en la que cualquier golpe contra las paredes o el mobiliario genera un grave peligro especialmente para los órganos internos de la cabeza, tal como ya se ha expuesto en su momento. En cualquier caso, y aunque se entendiera que un menor de seis años de edad no tiene la condición de persona desvalida frente a la agresión de una persona mayor de edad que la agrede de forma reiterada en el interior de un cuarto de baño, siempre sería aplicable la agravante de abuso de superioridad (art. 22.2ª del C. Penal), catalogada de alevosía menor o de segundo grado, con lo cual las consecuencias punitivas en este caso serían las mismas».

⁶⁴⁰ De la misma opinión CAMARGO HERNÁNDEZ, Cesar, *La alevosía*, ob. cit., pág. 65: «esta agravante no debe estar en el art. 10 [del antiguo Código penal], por carecer del carácter de genérica; sino que, se debe de hacer mención de la misma en cada figura delictiva a la que sea aplicable, determinando el carácter de cualificativa o agravante específica, con el que concurra». FERRER SAMA, Antonio, «Artículo 10.1», ob. cit., pág. 330: «Encabeza este artículo 10 la enumeración de las circunstancias agravantes con una que jamás debiera haberse colocado entre las de carácter genérico, toda vez que su ámbito de aplicación no es el de la generalidad de las infracciones, sino que, como el propio texto indica, sólo entran [sic] en juego respecto a un reducido grupo de ellas, cual es el de los delitos contra las personas. Pero la limitación es aún mayor, pues no en todos estos delitos puede ser apreciada la alevosía como circunstancia genérica [...]». MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 117: «En definitiva, y como resultado de lo expuesto, parece asistir razón a los autores que, como FERRER SAMA y CAMARGO HERNÁNDEZ, estiman que la alevosía no debía haberse colocado entre las circunstancias genéricas de agravación en el art. 10 del CP, por carecer de dicho carácter, sino como cualificativa de algunas figuras de atentado contra la vida o contra la integridad corporal».

problemas que hoy presenta la alevosía como circunstancia genérica; en primer lugar *desparecería* la *ambigüedad* sobre el ámbito de su aplicación, ya que sólo sería aplicable a los delitos que la previnieran específicamente como cualificante; segundo *se ganaría en corrección*, porque si la alevosía es en realidad aplicable a pocos delitos, entonces lo más correcto sería considerarla una cualificante específica de esos pocos delitos, en lugar de una circunstancia genérica; y finalmente, al desaparecer como circunstancia genérica, *se eliminarían las distorsiones valorativas* derivadas de que la alevosía unas veces opere como agravante y otras con naturaleza de cualificante.

Por último, ni siquiera el detalle técnico de que siempre se precisaría una definición general para los pocos delitos en los que la alevosía funcionara como cualificante sería un auténtico obstáculo para su exclusión de las agravantes del artículo 22. Pues para superar esta dificultad técnica bastaría con que el primer delito en el que fuera cualificante procediera a su definición, solución que por otra parte no es ninguna novedad en el Código; ocurre así ya con la circunstancia cualificante de ensañamiento en el asesinato, donde el artículo 139.3 procede a su definición, aun cuando ha sido ya definida en el artículo 22.5.

En conclusión, si la alevosía no es una circunstancia genérica ni *por su ámbito de aplicación* —únicamente se aplica a pocos delitos—, ni debe serlo tampoco *por sus efectos* —su mayor desvalor la diferencia de las agravantes ordinarias—, entonces la solución lógica debe ser que la alevosía pierda su carácter de circunstancia agravante de la Parte general del Código, y conserve únicamente su naturaleza de cualificante de ciertas figuras delictivas concretas de la Parte especial.

CAPÍTULO 4

Las modalidades de la alevosía

4.1 Introducción: El concepto legal de alevosía frente al jurisprudencial

En alguna de sus sentencias —STS 922/2010 de 22 de enero y STS 4302/2011 de 17 de junio— el Tribunal Supremo ha sostenido que «en último término, según la jurisprudencia, el núcleo de la alevosía, en cualquiera de sus modalidades, se encuentra en aniquilar las posibilidades de defensa». Es ésta una afirmación con la que puedo estar de acuerdo. En primer lugar, porque respeta el concepto legal de alevosía, ya que el término “aniquilar” utilizado por la jurisprudencia presupone la actividad de un autor que emplea medios, modos o formas de ejecución tal y como requiere el artículo 22.1. Pero igualmente, en segundo lugar, porque concuerda con el fundamento que he pretendido dar en este trabajo a la alevosía; el autor que impide ejercer a la víctima su derecho a la legítima defensa *aniquila* sus posibilidades de defensa.

Sin embargo, dudo mucho de que el Tribunal Supremo esté en el fondo de acuerdo con su propia afirmación. Porque, cuando uno observa las modalidades de alevosía admitidas por la propia jurisprudencia, se puede comprobar fácilmente que, en contradicción con la afirmación anterior, no cualquiera de ellas tiene su núcleo “en aniquilar las posibilidades de defensa”. En una reiterada jurisprudencia⁶⁴¹ el Tribunal Supremo ha reconocido como alevosas las siguientes modalidades: a) la alevosía

⁶⁴¹ STS 922/2010 de 22 de enero; STS 636/2010 de 28 de enero; STS 910/2010 de 25 de febrero; STS 1479/2010 de 2 de marzo; STS 1867/2010 de 25 de marzo; STS 2901/2010 de 27 de abril; STS 2563/2010 de 14 de mayo; STS 2969/2010 de 2 de junio; STS 3550/2010 de 8 de junio; STS 3967/2010 de 29 de junio; STS 4959/2010 de 17 de septiembre; STS 5289/2010 de 6 de octubre; STS 7333/2010 de 22 de diciembre; STS 391/2011 de 27 de enero; STS 2039/2011 de 14 de abril; STS 3379/2011 de 13 de mayo; STS 3781/2011 de 23 de mayo; STS 4302/2011 de 17 de junio; STS 5129/2011 de 28 de junio; STS 5166/2011 de 8 de julio; STS 5913/2011 de 15 de julio; STS 5144/2011 de 19 de julio; STS 7285/2011 de 17 de octubre; STS 7290/2011 de 2 de noviembre; STS 7993/2011 de 25 de noviembre; STS 8848/2011 de 22 de diciembre; STS 9339/2011 de 30 de diciembre; STS 3807/2012 de 22 de mayo; STS 4588/2012 de 15 de junio; STS 4940/2012 de 25 de junio; STS 5136/2012 de 26 de junio; STS 5332/2012 de 4 de julio; STS 4944/2012 de 10 de julio; STS 8430/2012 de 15 de noviembre; STS 7331/2012 de 15 de noviembre; STS 8688/2012 de 3 de diciembre; STS 8288/2012 de 5 de diciembre; STS 8678/2012 de 20 de diciembre; STS 347/2013 de 25 de enero; STS 1276/2013 de 27 de enero; STS 1900/2013 de 8 de abril; STS 2883/2013 de 17 de mayo; STS 3255/2013 de 19 de junio; STS 4299/2013 de 16 de julio; STS 4775/2013 de 8 de octubre; STS 5720/2013 de 18 de noviembre; STS 5681/2013 de 27 de noviembre; STS 269/2014 de 24 de enero; STS 239/2014 de 29 de enero; STS 1114/2014 de 19 de marzo; STS 1465/2014 de 16 de abril; STS 2432/2014 de 10 de junio; STS 2699/2014 de 1 de julio; STS 5083/2014 de 12 de diciembre; STS 5442/2014 de 26 de diciembre; STS 677/2015 de 25 de febrero; STS 824/2015 de 12 de marzo; STS 1596/2015 de 14 de abril; STS 2446/2015 de 4 de mayo.

proditoria o traicionera característica de la asechanza, insidia, trampa, celada o emboscada, b) la alevosía *sorpresiva*, súbita o inopinada propia de ataques fulgurantes e imprevistos y c) la alevosía *por desvalimiento* debida a la especial situación de indefensión de la víctima. De estas tres modalidades es evidente que la alevosía por desvalimiento nunca puede consistir «en aniquilar las posibilidades de defensa», por la sencilla razón de que el autor no puede acabar con unas posibilidades de las que carece el desvalido.

No resulta extraño, por este motivo, que en otras muchas sentencias —5144/2011 de 19 de julio, STS 7290/2011 de 2 noviembre, STS 7689/2011 de 10 de noviembre, STS 7993/2011 de 25 de noviembre, STS 2039/2011 de 14 de abril, STS 5129/2011 de 28 de junio, STS 5344/2012 de 11 de julio, STS 4775/2013 de 8 de octubre, STS 1465/2014 de 16 de mayo, STS 5083/2014 de 12 de diciembre, STS 5442/2014 de 26 de diciembre, STS 677/2015 de 25 de febrero, STS 824/2015 de 12 de marzo y STS 2446/2015 de 4 de mayo— el Tribunal Supremo corrija su anterior afirmación y *ampliándola* mantenga que «la esencia [o núcleo] de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el *aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes* [cursiva mía]»⁶⁴². Ni tampoco que, en un paso todavía más allá, en algún caso se olvide

⁶⁴² La STS 770/2012 de 24 de enero es muy similar aunque no coincida literalmente en los términos: «En cualquiera de las modalidades en que se presente, proditoria, sorpresiva o por desvalimiento de la víctima, el núcleo esencial de la alevosía se encuentra en la anulación deliberada de las posibilidades de defensa de la víctima o de cuya situación de indefensión se aprovecha conscientemente el autor para asegurar la acción y sin riesgos para su persona». Más clara la STS 3106/2012 de 30 de abril: «[...] hay alevosía cuando el agente comete cualquier delito contra las personas empleando en su ejecución medios, modos o formas que tiendan directamente a asegurarla, sin el riesgo que para el agresor pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido, no siendo necesario que el autor elimine las posibilidades de defensa de la víctima, pues también se aplicará cuando aquél se aproveche de una clara situación de indefensión en que se encuentre la víctima al ejecutarse la agresión (STS 29-7-2004, por todas) [subrayado y cursiva mía]». La última parte de la sentencia es citada literalmente por STS 8430/2012 de 15 de noviembre. También en términos parecidos las STS 2268/2010 de 15 de marzo y STS 5913/2011 de 15 de julio: «Su esencia se encuentra, pues, en la existencia de una conducta agresora que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión cuyos orígenes son indiferentes (SS 1031/03, 8 de septiembre; 1214/03, 26 de septiembre; 1265/04, 29 de noviembre), lo que significa que no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima así como de la facilidad que ello supone (SS 1464/03, 4 de noviembre; 1567/03, 25 de noviembre; 58/04, 26 de enero; 1338/04, 22 de noviembre; 1378/04, 29 de noviembre)»; STS 7804/2012 de 7 de noviembre: «[...] el núcleo de la alevosía se encuentra en la eliminación de las posibilidades de una defensa eficaz por parte de la víctima, o bien en el aprovechamiento de una situación de auténtica indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (STS de 21 de abril de 2005)»; STS 178/2013 de 29 de enero: «Su esencia se encuentra, pues, en la existencia de una conducta agresora que bien tiende objetiva y directamente a la eliminación de esa defensa, bien aprovecha

ya por completo de la idea de *aniquilamiento* y termine, como ocurre en las STS 1867/2010 de 25 de marzo y STS 5913/2011 de 15 de junio⁶⁴³, refiriéndose exclusivamente a la noción de «*indefensión* que en cualquiera de la tres formas está presente en la alevosía [...] [cursiva mía]».

En definitiva, lo que ocurre es que, con objeto de dar cobertura jurídica a los casos de desvalimiento bajo la circunstancia de alevosía, el Tribunal Supremo se ve en la necesidad de elaborar un concepto propio de alevosía al margen del legal, que no gire como éste en torno a *la actuación del autor* —a la aniquilación de la defensa mediante el empleo de medios, modos o formas— sino que se base en cambio en *la situación de indefensión de la víctima*. Hecho que, sin duda, no representa una novedad en nuestra jurisprudencia, sino que en realidad fue puesto de relieve precisamente ya hace bastantes años por SANVICENTE SAMA en un artículo del año 1950 dedicado al concepto *jurisprudencial* de alevosía, donde sostenía con toda razón que la interpretación literal de la definición *legal* de alevosía: «[...] nos lleva a la conclusión de que para poder hablar de alevosía es preciso que el ofendido tenga condiciones físicas suficientes para defenderse, puesto que no puede concebirse que el sujeto activo planee los hechos [mejor: emplee medios, modos o formas de ejecución] con el fin de evitar la defensa del impedido, por ejemplo. Con esta conclusión, y desde un punto de vista legal, deben excluirse de la alevosía aquellos casos en que el sujeto pasivo esté imposibilitado físicamente para defenderse, y, por lo tanto, al ataque a un niño recién nacido o de corta edad, al paralítico, al ciego, etc., no podrá reputarse alevoso»⁶⁴⁴.

La exclusión de dichos casos —según SANVICENTE SAMA— había mostrado a una jurisprudencia, enfrentada a la vida práctica, la insuficiencia del concepto *legal* de alevosía⁶⁴⁵, lo que había llevado al Tribunal Supremo a elaborar lentamente, a través de

una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (SSTS núm. 1031/2003, de 8 de septiembre; 1214/2003, de 26 de septiembre; ó 1265/2004, de 29 de noviembre, entre otras muchas); STS 2946/2015 de 21 de mayo: «la esencia de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa, o el aprovechamiento de una situación de indefensión».

⁶⁴³ Con palabras prácticamente idénticas la STS 3899/2012 de 11 de mayo: «La indefensión, presente en cualquiera de las modalidades alevosas [...]».

⁶⁴⁴ SANVICENTE SAMA, Alejandro, «Investigación del concepto jurisprudencial de la alevosía», ob. cit., pág. 78.

⁶⁴⁵ La crítica de la insuficiencia del concepto legal también fue compartida por la doctrina de la época. PUIG PEÑA, Federico, «Alevosía», ob. cit., pág. 559: «A esta definición legal, bastante aceptable, se le han señalado, sin embargo, algunos defectos; [...] la *falta de destaque* suficiente de su asiento fundamental, que es la indefensión de la víctima».

sus sentencias, un concepto *jurisprudencial* cuyo centro de gravedad no estuviera en el “aseguramiento del golpe” [mejor: en el empleo de medios, modos o formas de ejecución], sino en el estado de indefensión del sujeto pasivo⁶⁴⁶.

Actualmente el concepto *jurisprudencial* al que se refería SANVICENTE SAMA hace 65 años se encuentra completamente consolidado⁶⁴⁷. Como hemos tenido ocasión de comprobar en el primer capítulo, el Tribunal Supremo reconoce en muchas de sus sentencias dedicadas a la alevosía que el núcleo esencial de la agravante está en la *indefensión* (inexistencia de posibilidades de defensa) de la víctima⁶⁴⁸. Poco importa que en algunas de estas sentencias, en una interpretación más acorde al concepto *legal*, el Tribunal Supremo se refiera a una *anulación* (STS 2268/2010 de 15 de marzo, STS 1867/2010 de 25 de marzo y STS 2901/2010 de 27 de abril, STS 3967/2010 de 29 de junio, STS 7285/2011 de 17 de octubre, STS 7285/2011 de 17 de octubre, STS 178/2013 de 29 de enero, STS 5681/2013 de 27 de noviembre, STS 4299/2013 de 16 de julio), *eliminación* (STS 2563/2010 de 14 de mayo, STS 3550/2010 de 8 de junio, STS 3967/2010 de 29 de junio y 5144/2011 de 19 de julio), *aniquilación* (STS 1900/2013 de 8 de abril y STS 3130/2014 de 14 de julio) o *supresión* (STS 4124/2010 de 14 de julio) de la defensa, pareciendo dar a entender supuestamente que no basta con la *situación de indefensión de la víctima*, sino que sería necesario además una *indefensión activamente*

⁶⁴⁶ SANVICENTE SAMA, Alejandro, «Investigación del concepto jurisprudencial de la alevosía», ob. cit., pág. 79.

⁶⁴⁷ SOTO NIETO, Francisco, «La alevosía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista jurídica La Ley*, 2005, Vol. 1, pág. 1779; «La jurisprudencia del TS ya opta reiteradamente por la constatación de la alevosía en hipótesis en que el agente se aprovecha de una natural situación de indefensión de la víctima sin previa intervención o iniciativa alguna por parte del mismo en su originación».

⁶⁴⁸ STS 5690/2005 de 29 de septiembre; STS 2268/2010 de 15 de marzo; STS 1867/2010 de 25 de marzo, STS 2901/2010 de 27 de abril; STS 3532/2010 de 16 de abril; STS 2563/2010 de 14 de mayo; STS 3550/2010 de 8 de junio; STS 3967/2010 de 29 de junio; STS 4124/2010 de 14 de julio; STS 2039/2011 de 14 de abril; STS 3574/2011 de 4 de mayo; STS 5129/2011 de 28 de junio; STS 5144/2011 de 19 de julio; STS 7290/2011 de 2 de noviembre; STS 7689/2011 de 10 de noviembre; STS 9339/2011 de 30 de diciembre; STS 3899/2012 de 11 de mayo; STS 1465/2014 de 16 de abril; STS 2432/2014 de 10 de junio ; STS 5083/2014 de 12 de diciembre; STS 5442/2014 de 26 de diciembre; STS 824/2015 de 12 de febrero; STS 2446/2015 de 4 de mayo. Especialmente clara es la STS 391/2011 de 27 de enero: «La configuración jurisprudencial de la alevosía, que hace recaer su esencia, más que en el ataque a traición en sí mismo, en la situación de indefensión creada o aprovechada conscientemente por el sujeto, hace que la aplicación del derecho que ha realizado el Tribunal provincial deba considerarse correcto». E igualmente STS 239/2014 de 29 de enero: «En específica referencia a la modalidad de alevosía por desvalimiento de la víctima, dijimos en nuestra Sentencia nº 316/2012 de 30 de abril que: *Hay alevosía cuando el agente comete cualquier delito contra las personas empleando en su ejecución medios, modos o formas que tiendan directamente a asegurarla, sin el riesgo que para el agresor pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido, no siendo necesario que el autor elimine las posibilidades de defensa de la víctima, pues también se aplicará cuando aquél se aproveche de una clara situación de indefensión en que se encuentre la víctima al ejecutarse la agresión* (STS 29-7- 2004, por todas)».

causada por el autor mediante el empleo de medios, modos o formas de ejecución. Porque, aunque se haga referencia a una *causación activa* por el autor de la falta de defensa (*anulación, eliminación, aniquilación o supresión*), en ella no reside en definitiva lo que el Tribunal Supremo considera esencial en la alevosía, sino que representa sólo un cauce por el que dar lugar a lo auténticamente fundamental; la *indefensión*. De ahí que también pueda apreciarse alevosía según la jurisprudencia cuando, como en el caso de los desvalidos, exista *indefensión* aunque tenga un origen diverso de la *actuación* del autor⁶⁴⁹.

De este modo, el concepto *jurisprudencial* de alevosía, al fundamentarse en la *situación de indefensión de la víctima* en lugar de en la *actuación del autor*, ha permitido al Tribunal Supremo hacer lo que no era posible con el concepto *legal*; ofrecer cobertura y fundamento jurídico a cualquiera de las modalidades alevosas, ya que en cualquier de las tres existe la *indefensión* de la víctima, bien provocado por el autor con su *actuación* —en la alevosía proditoria y en la alevosía sorpresiva— o bien por ser ésta la situación preexistente de la víctima —en la alevosía por desvalimiento—. Por eso, desde la perspectiva jurisprudencial, más correcta que la afirmación citada al comienzo —STS 922/2010 de 22 de enero y STS 4302/2011 de 17 de junio— de que «en último término, según la jurisprudencia, el núcleo de la alevosía, en cualquiera de sus modalidades, se encuentra en aniquilar las posibilidades de defensa», es la referencia del Tribunal Supremo —sentencia STS 5913/2011 de 15 de junio— a «la indefensión que en cualquiera de la tres formas está presente en la alevosía [...]».

En lo que sigue pretendo estudiar cada una de las tres modalidades de alevosía tradicionalmente admitidas por el Tribunal Supremo. Esto no significa que comparta plenamente el punto de partida de la jurisprudencia, ni tampoco que considere que todas las modalidades jurisprudenciales son propiamente de alevosía. En cuanto al punto de partida, sí pienso que el fundamento de la alevosía gira en torno a la idea de

⁶⁴⁹ Esta posición del Tribunal Supremo es confirmada de manera paradigmática en las sentencias antes mencionadas 5144/2011 de 19 de julio, STS 7290/2011 de 2 noviembre, STS 7689/2011 de 10 de noviembre, STS 7993/2011 de 25 de noviembre, STS 2039/2011 de 14 de abril, STS 5129/2011 de 28 de junio, STS 5344/2012 de 11 de julio, STS 4775/2013 de 8 de octubre, STS 1465/2014 de 16 de mayo, STS 5083/2014 de 12 de diciembre, STS 5442/2014 de 26 de diciembre, STS 677/2015 de 25 de febrero, STS 824/2015 de 12 de marzo y STS 2446/2015 de 4 de mayo donde se afirma que «la esencia [o núcleo] de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes».

indefensión, pero estoy en desacuerdo con la jurisprudencia en que la situación de indefensión de la víctima sea suficiente con independencia de su origen para apreciar la alevosía, dado que esta interpretación contradice de manera frontal la regulación legal de la alevosía, que clara y literalmente exige del autor el empleo de medios, modos o formas para causar la indefensión. El fundamento, en cambio, que he propuesto de la alevosía está relacionado con la noción de indefensión, pero originada, de acuerdo al concepto legal de la alevosía, por el autor, puesto que consiste en eliminar la posibilidad de ejercer el derecho a la legítima defensa que legalmente corresponde a la víctima, y esa eliminación sólo puede tener lugar mediante el concurso activo del autor. Con semejante punto de partida es imposible sostener que todas las modalidades tradicionalmente admitidas por la jurisprudencia sean realmente alevosas. En concreto esto ocurrirá con la modalidad por desvalimiento.

Finalmente, además del estudio de las tres modalidades tradicionales o *usuales* admitidas por el Tribunal Supremo —proditoria, sorpresiva y por desvalimiento— me ocuparé del análisis de una modalidad *especial* que en los últimos tiempos se está consolidando en la jurisprudencia; la alevosía *convivencial* o doméstica. A las razones que me conducen también al rechazo de esta novedosa modalidad, conectada al criterio del quebrantamiento de la confianza entendida en términos normativo-morales, estará dedicada la última parte del capítulo.

4.2 La alevosía proditoria o traicionera

En esta primera modalidad alevosa, al igual que en las otras, existe de acuerdo al concepto jurisprudencial una situación de indefensión de la víctima, pero además se requiere que esta situación sea causada⁶⁵⁰, respetándose en este caso también el concepto legal, por el autor mediante el empleo de una serie de medios, modos o formas

⁶⁵⁰ MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 140: «En ello radica la indefensión de la víctima, siempre el núcleo de la alevosía, pero aquí [en la alevosía proditoria o traicionera] no deparada por una simple circunstancia fáctica o por la especial condición o características del sujeto pasivo, sino provocada, preparada, ‘organizada’, porque quien pretende la seguridad en la ejecución y la eliminación del riesgo defensivo, que consigue sobre la base de la ausencia de sospecha en la víctima. Aquí hay búsqueda y no sólo aprovechamiento». ZAPATA MEDINA, Jorge, *Jurisprudencia sobre la alevosía (Art. 12 N° 1 del Código Penal) (1907 – 1964)*, ob. cit., pág. 12: «Para el establecimiento de la alevosía es indiferente que el estado de indefensión de la víctima haya sido procurado o meramente aprovechado por el hechor. Pues bien, y como corolario de lo anteriormente expresado, en el caso de la traición dicha condición no podrá ser nunca aprovechada; será siempre procurada por el ofensor».

que la jurisprudencia ha identificado con los siguientes: trampa, emboscada, celada, asechanza, insidia, etc⁶⁵¹. Cuando se analiza el carácter propio de estos medios⁶⁵², se descubre que en todos ellos se pone de manifiesto como elemento central las ideas de *ocultamiento*, *engaño* o *artificio*. O dicho en otros términos, todos ellos implican que el autor *oculta* a la víctima su intención de atacarla, *engañándola* acerca de su verdadero propósito mediante la simulación de una situación falsa o *artificial* frente a la que la víctima no tendría nada que temer. Esta ocultación o engaño acerca de las propias intenciones del autor puede tener además carácter *físico* o meramente *moral*⁶⁵³. Es *físico* cuando la propia persona del autor está oculta, como en el caso de la emboscada, el acecho o la celada, pero también cuando lo que se ocultan son instrumentos idóneos para dañar a la víctima, como ocurre en el caso de la trampa. En cambio, es meramente *moral* si el autor no oculta su persona pero sí sus verdaderas intenciones a la víctima. Es sólo en estos últimos casos de ocultamiento moral en los que puede hablarse propiamente de que el autor se gana la confianza de la víctima mostrando unas intenciones diferentes a las que tiene o, como dice CARRARA, «simulando amistad o disimulando la enemistad»⁶⁵⁴. En cambio, no parece que tenga que mediar forzosamente ninguna relación de confianza entre autor y víctima en el ocultamiento físico y en las otras dos modalidades alevosas —sorpresiva y por desvalimiento—, lo que demuestra,

⁶⁵¹ STS 922/2010 de 22 de enero y STS 4302/2011 de 17 de junio: «[...] la proditoria que, como trampa, emboscada o traición que sigilosamente busca, aguarda y acecha, es posiblemente la forma de actuación más comúnmente identificada con lo que la alevosía representa»; STS 1479/2010 de 2 de marzo, STS 3379/2011 de 13 de mayo y STS 3781/2011 de 23 de mayo: «[...] la llamada alevosía *proditoria* o *traicionera*, si se ejecuta el homicidio mediante trampa, emboscada o a traición del que aguarda y acecha»; STS 636/2010 de 28 de enero, STS 2039/2011 de 14 de abril, STS 5129/2011 de 28 de junio, STS 5166/2011 de 8 de julio y STS 5144/2011 de 19 de julio: «[...] a) alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera».

⁶⁵² Según la RAE “trampa” significa «*artificio* para cazar, compuesto ordinariamente de una excavación y una tabla que la cubre y puede hundirse al ponerse encima el animal» y «*ardid* para burlar o perjudicar a alguien»; “emboscada”, en su primera acepción, «*ocultación* de una o varias personas en parte retirada para atacar por sorpresa a otra u otras»; “celada” «emboscada de gente armada en paraje *oculto*, acechando al enemigo para asaltarlo descuidado o desprevenido» y «*engaño* o fraude dispuesto con *artificio* o disimulo»; “asechanza” «*engaño* o *artificio* para hacer daño a alguien»; “insidia” «asechanza» y «palabras o acción que *envuelven* mala intención».

⁶⁵³ Se trata de una distinción originaria de CARRARA, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa, Parte Especial*, Vol. I, Edit.: Depalma, Buenos Aires, 1945, págs. 174 y ss. Para el autor la insidia en sentido amplio sería ocultamiento y «el ocultamiento puede ser *moral* o *material*, y éste puede ser ocultamiento de *persona* y ocultamiento de *instrumentos*» (pág. 174). De este modo resulta que tenemos cuatro formas de homicidio: 1º el homicidio proditorio (ocultamiento moral), 2º el homicidio con acecho (ocultamiento material de persona), 3º el homicidio con arma insidiosa (ocultamiento material de instrumentos), 4º el envenenamiento (ocultamiento especial separado del resto por ser el más insidioso y terrible).

⁶⁵⁴ CARRARA, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial*, Volumen I, ob. cit., pág. 175.

como traté de indicar en el primer capítulo, el corto recorrido de la idea de confianza y su insuficiencia cuando se pretende fundamentar muchos de los supuestos considerados alevosos desde siempre por nuestra tradición jurídica⁶⁵⁵. En cualquier caso, el hecho de que en el ocultamiento moral sí tenga lugar una confianza ganada y traicionada por el autor, permite que el Tribunal Supremo —aunque generalmente caracterice la alevosía proditoria en términos del ocultamiento físico propio de la emboscada, la celada o la trampa— afirme en ocasiones también que «la modalidad proditoria ‘requiere traición y éste [sic] presupone una especial relación de confianza que ha sido defraudada por el autor’»⁶⁵⁶.

En cualquier caso, es necesario observar que, a pesar de su denominación, lo que hace de la alevosía proditoria o traicionera una modalidad alevosa no es el hecho

⁶⁵⁵ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 190: «[...] es en verdad difícilmente explicable que, sólo por faltar la quiebra de una relación de confianza semejante, se excluyan del ámbito de la cualificación supuestos que encajan en la definición legal de alevosía y parecen particularmente merecedores de un tratamiento cualificado, hasta el punto de constituir, en la concepción común, los supuestos de alevosía por excelencia; piénsese solamente en el caso de que alguien, tras averiguar, mediante un seguimiento de varias semanas, las costumbres, los horarios y los itinerarios de otra persona y sin estar personalmente vinculado a ella por relación de confianza alguna, le dispare finalmente con un fusil provisto de mira telescópica desde un edificio próximo a su vivienda o lugar de trabajo, cuidadosamente elegido al efecto, causándole la muerte». Existen sentencias del Supremo donde se niega la relevancia de la confianza en el artículo 22.1. Así STS 643/2014 de 22 de enero: «Nada permite, vista la identidad de lo probado y el presupuesto típico, albergar dudas sobre la aplicabilidad de dicha agravante. Y menos la alusión a una relación de confianza de origen y contenido no especificado en el recurso que no es expresamente exigido en el precepto penal que se dice infringido».

⁶⁵⁶ STS 7285/2011 de 17 de octubre. En términos que también remiten a la confianza: STS 2268/2010 de 15 de marzo, STS 1867/2010 de 25 de marzo y STS 5913/2011 de 15 de julio: «[...] la alevosía proditoria o traicionera, como trampa, celada, emboscada o traición. En ella se abusa de la confianza o de una situación confiada en la que el sujeto pasivo no teme una agresión como la efectuada (S 82/05, 28 de enero; 133/05, 7 de febrero)»; STS 2901/2010 de 27 de abril: «En concreto, en la STS de 1 de Junio de 2006 decíamos: «[...] En la proditoria o a traición destaca como elemento esencial el abuso de confianza o de una situación confiada en el que actúa el sujeto activo respecto al pasivo que no teme, dada la relación o la situación de confianza existente, una agresión como la efectuada. Así en la STS 210/96, de 11 de marzo, se recuerda que ‘la alevosía requiere esencialmente más el aprovechamiento de la confianza de la víctima, generadora de la situación de indefensión, que una superioridad física y material del autor’. En el mismo sentido la STS 343/2000, de 7 de marzo, que afirma que la modalidad de alevosía proditoria ‘requiere traición y éste presupone una especial relación de confianza que ha sido defraudada por el autor’»; STS 7993/2011 de 25 de noviembre: «[...] la alevosía proditoria o traicionera, como trampa, celada, emboscada o traición. Aquí el sujeto pasivo no teme una agresión como la efectuada y el agresor se aprovecha de tal confianza»; STS 4299/2013 de 16 de julio y STS 5681/2013 de 27 de noviembre: «En la proditoria o la traición destaca como elemento esencial el abuso de confianza o de una situación confiada en el que actúa el sujeto activo respecto al pasivo que no teme, dada la relación o la situación de confianza existente, una agresión como la efectuada. Así en la STS 210/96, de 11 de marzo, se recuerda que ‘la alevosía requiere esencialmente más el aprovechamiento de la confianza de la víctima, generadora de la situación de indefensión, que una superioridad física y material del autor’. En el mismo sentido la STS 343/2000, de 7 de marzo, que afirma que la modalidad de alevosía proditoria ‘requiere traición y éste presupone una especial relación de confianza que ha sido defraudada por el autor’».

desnudo de la traición inherente al ocultamiento físico o moral del autor, sino el que esa traición provoque la sorpresa o, mejor dicho, la indefensión de la víctima. Aunque en un principio los conceptos de traición y alevosía estuvieron unidos en nuestra legislación penal hasta el punto de ser intercambiables⁶⁵⁷, hace mucho ya que el esfuerzo de los legisladores distinguió a la alevosía de la traición⁶⁵⁸. El artículo 22.1 no castiga el carácter traidor del autor, sino el que sus actos, que incidentalmente pueden ser calificados de traidores, provoquen la falta de defensa de la víctima. De este modo, si hay traición, porque por ejemplo el autor se aposta escondido en espera de la víctima, pero con esto no se causa la indefensión de la víctima, entonces habrá que negar la alevosía. Un buen ejemplo de ello lo representa la siguiente sentencia del Tribunal Supremo: «[...] el Fiscal califica de proditoria la alevosía por el hecho de hallarse esperando tres horas fuera del portal a que saliera de su casa la víctima, lo que en modo alguno puede calificarse de emboscada o asechanza (es decir ese comportamiento no asegura la muerte y evita los riesgos), pues para ello sería necesario que se mantuviera

⁶⁵⁷ PUIG PEÑA, Federico, «Alevosía», ob. cit., pág. 559: «En un primer momento, la alevosía aparece parificada con la traición; obrar alevosamente es obrar traicioneramente, es decir, de una manera solapada, encubierta, ocultando el ánimo hostil al sujeto pasivo del delito, que aparece confiado [...] Este criterio es el tradicional en nuestras leyes viejas». CAMARGO HERNÁNDEZ, Cesar, *La alevosía*, ob. cit., pág. 12: «Estudiando detenidamente las fuentes que dejamos expuestas, y comparando unas disposiciones con otras, llegamos a la conclusión de que, en nuestros Fueros municipales, son equivalentes los términos *alevosía* y *traición*, ya que las expresiones traidor y alevoso se emplean conjuntamente y cuando son usadas separadamente es con un mismo significado excepto en el caso de que se haga referencia al que *obra sobre seguro*, en el que solamente se emplea la de alevoso». Véase también ZAPATA MEDINA, Jorge, *Jurisprudencia sobre la alevosía (Art. 12 N° 1 del Código Penal) (1907 – 1964)*, ob. cit., págs. 6 y s.; ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., págs. 11 y s.; MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., ob. cit., pág. 22.

⁶⁵⁸ CAMARGO HERNÁNDEZ, Cesar, *La alevosía*, ob. cit., pág. 26 y s.: «[...] el proceso formativo del concepto de la alevosía es el de su separación del delito de traición, hasta quedar reducida a su propio contenido y adquirir sus verdadero significado. En este proceso, que lentamente se ha ido verificando a través de la historia, se pueden distinguir dos etapas. En la primera, que dura hasta la Codificación, se inicia la diferenciación con el Fuero Real en el que, aunque sólo sea en cuanto a la penalidad, se encuentra una distinción, pues mientras el traidor perdía la totalidad de sus bienes al alevoso solamente le eran confiscados la mitad. Un paso más se da con las Partidas, en las que se distingue la traición propiamente dicha de la alevosía: ‘Et sobre todo decimos que cuando alguno de los yerros sobre dichos es fecho contra el Rey, o contra su señorío o contra pro comunal de la tierra, es propiamente trayción: et cuando es fecha contra otros homes es llamada eleve, segunt Fuero de España’. En la segunda adquiere su verdadero carácter de circunstancia de agravación quedando totalmente separada del delito de traición, que pasa a ocupar su lugar entre los restantes delitos. Esto ocurre con la promulgación del Código penal de 1822 [...]». CAMAÑO ROSA, Antonio, *Legítima defensa, alevosía (Apartado de la “Revista de Criminología”)*, ob. cit., pág. 57: «El concepto verdadero de alevosía fué [sic] logrado a través de un la proceso, desprendiéndose de una nébula jurídica primitiva, donde estuvo confundido con el delito de traición [...]». ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, ob. cit., pág. 70: «Por consiguiente, esta agravante no coincide con las nociones de traición o cobardía, las cuales son en principio ajenas a su fundamento, sin perjuicio de que en su origen la alevosía pudiera presentar también esta faceta, y de que ambos aspectos —traición y aseguramiento— puedan darse en el caso concreto».

oculto hasta el momento de la agresión en que la ofendida se viera sorprendida, acorralada y sin posibilidades de reacción. Pero en el caso de autos cuando salió de la vivienda la mujer, el acusado se manifestó y se vieron las caras, hasta que la ofendida salió corriendo en evitación de que el anuncio de agresión del día precedente se materializara. En el trayecto en que fue perseguida gritó a algún viandante que la iba a matar»⁶⁵⁹.

Pero además de a la traición, la alevosía proditoria se asocia en muchos casos a la idea de premeditación que configuraba la antigua agravante (artículo 10.6) del Código de 1973. Esta asociación no carece *en principio* de sentido en la medida en que los casos de ocultamiento físico o moral presuponen generalmente una meditación previa del autor acerca de su plan —por ejemplo escogiendo el lugar y el momento más propicio para causar la indefensión de la víctima— e igualmente la realización de una serie de preparativos necesarios al efecto —por ejemplo de hacerse con un arma y apostarse en espera del paso de la víctima—⁶⁶⁰. Por este motivo no es extraño que la autora alemana GRÜNEWALD haya sostenido que «si un autor mata alevosamente en cuanto que —según la definición corriente— aprovecha conscientemente para matar la falta de prevención y la indefensión de su víctima, entonces se da por regla general un obrar premeditado, ya que el autor se ha decidido conscientemente (y con ello premeditadamente) a favor de ese modo de proceder. Todavía más claro llega a ser el recurso a la premeditación en casos en los cuales el autor, de manera premeditada o planeada, ha hecho caer a la víctima en una emboscada o le ha tendido una trampa»⁶⁶¹.

⁶⁵⁹ STS 2230/2011 de 30 de marzo.

⁶⁶⁰ MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 22: «También el acecho, recogido en el Código Penal de 1822 fuera de la alevosía, y caracterizado en él (art. 609) por el hecho de aguardar a la persona asesinada o a la tendida en lugar suyo, en uno o más sitios para darle muerte, hay, como en el engaño, una actuación preparatoria por parte del agresor [...]». Destaca también esta faceta de la acción alevosa la STS 3130/2014 de 14 de julio: «Como ya se ha expresado para apreciar la alevosía hay que atender al marco global de la acción. La alevosía ha de referirse a la agresión contemplada como un todo y no solo en los avatares que preceden inmediatamente a la muerte de la víctima, pues en muchas ocasiones estos avatares no se pueden conocer con total precisión, dado que la experiencia nos indica que no es frecuente que los asesinatos se ejecuten ante testigos. Por ello es necesario valorar el conjunto de la acción, y de un modo muy especial, la preparación por el acusado de la acción agresiva para constatar si éste ha organizado su actuación escogiendo expresamente medios que tiendan directa y especialmente a asegurar el resultado perseguido, eliminando las posibilidades de defensa de la víctima, como sucede en el caso actual».

⁶⁶¹ GRÜNEWALD, Anette, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, ob. cit., pág. 149: «Tötet ein Täter nämlich heimtückisch, sofern er – der gängigen Definition zufolge – die Arg- und Wehrlosigkeit seines Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt, ist in aller Regel ein überlegtes Handeln gegeben, da der Täter sich bewusst (und damit überlegt) für diese Vorgehensweise entschieden hat. Noch deutlicher wird der Rekurs auf die Überlegung in Fällen, in denen der Täter das Opfer wohlüberlegt oder geplant in einen

Pera esta vinculación se lleva, no obstante, demasiado lejos cuando se piensa, como hace GRÜNEWALD, que «la premeditación o planificación del autor sustituye por tanto en cierta medida la falta de prevención [e indefensión] de la víctima»⁶⁶², creyendo entonces que «lo alevoso pueda ya y precisamente consistir en las precauciones y medidas que el autor toma para crear una ocasión favorable»⁶⁶³. Partidarios de esta postura, que caracteriza no sólo la modalidad *proditoria* sino la alevosía *en general* por medio de la idea de premeditación o planificación, no han faltado, sin embargo, tanto en Alemania como en nuestro país. Así SCHMOLLER en la doctrina alemana sostiene que «una muerte es según este planteamiento por tanto alevosa, cuando el autor ha llevado a cabo un especial despliegue para preparar el hecho de manera oculta, sea para elevar lo más posible las posibilidades de éxito o para reducir lo más posible la puesta en peligro propia», de forma que «una muerte alevosa es por eso, resumido brevemente, una muerte ‘amplia y especialmente preparada con ocultación’»⁶⁶⁴. En nuestra doctrina PEÑARANDA RAMOS mantiene un enfoque similar al entender que sólo es posible fundamentar materialmente la agravante «si se vincula la alevosía, como permite su definición legal, a la existencia de una específica preparación o planificación del hecho, lo que requiere, al menos, una preordenación y elección *deliberadas* de los medios o modos de ataque para asegurar la ejecución o evitar el riesgo para el autor. [...] La *meditación o reflexión suplementarias* concurrentes en todo homicidio precedido de una planificación o preordenación significativa de los medios o las formas de ejecución, distancian sustancialmente esta figura de la del homicidio común, caracterizado por una ejecución más espontánea, impetuosa o impulsiva»⁶⁶⁵.

Esta postura que identifica el fundamento de la alevosía con la planificación debe, sin embargo, rechazarse, porque a pesar de que, como afirma PEÑARANDA

Hinterhalt gelockt oder ihm eine Falle gestellt hat».

⁶⁶² GRÜNEWALD, Anette, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, ob. cit., pág. 82: «Die Überlegung oder Planung des Täters ersetzt also gewissermaßen die Arglosigkeit des Opfers [...]».

⁶⁶³ Esta última es una cita literal de GRÜNEWALD, Anette, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, ob. cit., pág. 82, a la Sentencia del Tribunal Federal alemán BGHSt 22, 77 (79): «[...] so kann das Heimtückische bereits uns gerade in den Vorkehrungen uns Maßnahmen liegen, die der Täter ergreift, um eine günstige Gelegenheit zu schaffen [...]».

⁶⁶⁴ SCHMOLLER, Kurt, «Überlegungen zur Neubestimmung des Mordmerkmals „heimtückisch“», ob. cit., pág. 415: «Eine Tötung ist nach diesem Ansatz also dann heimtückisch, wenn der Täter einen besonderen Aufwand geleistet hat, um die Tat im Verborgenen vorzubereiten, sei es, um die Erfolgchance möglichst zu erhöhen oder um die Eigengefährdung möglichst gering zu halten. Eine heimtückische Tötung ist daher, knapp zusammengefaßt, eine ‚im Verborgenen besonders weitgehend vorbereitete‘ Tötung».

⁶⁶⁵ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 192.

RAMOS, la definición legal de alevosía permita su vinculación a la preparación o planificación del hecho, esto no demuestra de ninguna manera que la planificación sea el fundamento de la alevosía, sino meramente la compatibilidad de ambas. Y es cierto que son compatibles, porque en algunos casos de alevosía —por regla general en los de alevosía proditoria— la indefensión de la víctima se conecta a la preparación y cálculo previo del autor. Pero esto no significa que la planificación sea lo esencial y fundamental de la alevosía, pues precisamente existen otros muchos casos de alevosía —los sorprendidos donde el autor se decide en un instante— en los que la indefensión se causa por el autor sin preparación previa alguna⁶⁶⁶. A este respecto la jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene que «la alevosía no exige planificación alguna sino el consciente empleo de medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa o especialmente a asegurarla sin el riesgo que para el sujeto pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido (art. 21.1º del Código Penal)»⁶⁶⁷, y consecuentemente aprecia alevosía en casos donde no existió planificación o cálculo previo, mostrando a las claras el error de considerar a éstos como lo fundamental de la alevosía. Bastará aquí con presentar un par de sentencias en las que el Tribunal niega expresamente la

⁶⁶⁶ ALTÉS MARTÍ, Miguel Angel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 196: «De ahí que una y otra circunstancia pueden y se dan en la realidad por separado. Pues de la misma forma que puede haberse planeado desde tiempo atrás una agresión, y llegado el momento ésta se realice cara a cara, también es posible que se lleve a cabo de forma rápida e insidiosa, sin intervalo de tiempo suficiente para que se de [sic] la deliberación necesaria en orden al planteamiento de como [sic] realizar la agresión». CORDOBA RODA, Juan, «Artículo 22.1», ob. cit., págs. 271 y s.: «El que el empleo de los medios asegurativos debe descansar en la voluntad del agente no significa, sin embargo, el que la alevosía presuponga un largo o persistente proceso intelectual en el que el sujeto seleccione y elija el medio aplicado. La modalidad ejecutiva propia de la alevosía puede responder a un proceso intelectual de cierta duración en el que el sujeto, como hemos dicho, busca el medio idóneo y decide aplicarlo, o a una decisión tomada en un instante, en el que el sujeto lleva a cabo la agresión aseguradora de la ejecución del delito». JIMÉNEZ ASEÑO, Enrique, «El elemento psicológico en la alevosía», ob. cit., pág. 459: «La alevosía tampoco es un raciocinio serio y formal del pro y el contra del delito; no es un cálculo y, por tanto, es perfectamente compatible con la premeditación (SS. de 7 de julio de 1899, 2 de enero de 1931 y 2 de octubre de 1935) [...]».

⁶⁶⁷ STS 3886/2011 de 22 de mayo. E igualmente la doctrina, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte especial*, ob. cit., pág. 48: «La alevosía no exige ningún tipo de premeditación o preparación y puede surgir en el mismo momento en que se ejecuta el hecho (el sujeto aprovecha que su enemigo le da la espalda para atacarle por sorpresa)». ALTÉS MARTÍ, Miguel Angel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 196: «La alevosía necesariamente no supone la premeditación, lo que no quiere decir que en determinados casos, pueda parecer, que la premeditación esté comprendida en la alevosía. Lo cual, por otro lado, no es indispensable desde el momento que existirá la alevosía cuando el delito se realice de forma insidiosa buscada o aprovechada, asegurando el éxito y eliminando la posible defensa del ofendido». MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 196: «Al definirse la alevosía en el 1º del art. 10 no se incluye como requisito de la agravante la elaboración de un plan tendente a la elección de medios, modos o formas de ejecución y al aseguramiento de ésta sin riesgo para el agresor; y ya se examinó que tampoco exige, ni por la doctrina ni por la jurisprudencia, como inherente a la alevosía, la búsqueda [sic] fría, reflexiva y persistente en el tiempo de la indefensión de la víctima, que puede presentarse y aprovecharse de modo súbito».

necesidad de premeditación o planificación para la apreciación de la alevosía. En la primera STS 4124/2010 de 14 de julio se juzgaba por asesinato a un grupo de *Latin Kings*: «La alevosía exige una ejecución en la que se empleen medios, modos o formas que tiendan a asegurarla, directa o especialmente, dice el artículo 22.1º del Código Penal. No exige, sin embargo, una preparación previa, al estilo de la anterior agravante de premeditación. Aunque algunas modalidades de alevosía encajan mejor con la idea de preparación de los aspectos de la agresión que tienden a asegurarla, nada impide apreciar la agravante cuando esos medios, modos o formas surgen simultáneamente a la misma ejecución. En el caso, como resulta de los hechos probados, el ataque es planeado en sus aspectos generales, pero los medios alevosos en la ejecución surgen desde el momento en el que un grupo de unos quince Latin King rodean a la víctima, impidiéndole la huida y evitando la posible ayuda de terceros, y en esas condiciones, al menos dos de los miembros del grupo lo apuñalan, mientras otros le golpean brutalmente hasta causarle la muerte. Poco importa a los efectos de la alevosía que esa forma de ejecutar la agresión no viniera establecida de antemano, sino que surgiera sobre la marcha y fuera aceptada por los que participaron en el hecho. Lo decisivo es que esa manera de actuar se orientó de forma directa a suprimir cualquier posibilidad de defensa por parte del agredido».

En la segunda STS 6340/2011 de 11 de octubre la acusada golpeó repetidamente con una mancuerna a su marido que se encontraba acostado en la cama y desprevenido causándole la muerte: «Igualmente argumenta que no estaba probada la intención de causar la muerte. El planteamiento de la recurrente parece referirse no tanto al dolo homicida, que aparece claro dadas las características del arma empleada, el lugar donde se propinan los golpes, la reiteración de los mismos y su intensidad, sino más bien a una preparación de la acción, que podría tener relación con la antigua agravante de premeditación. En realidad es irrelevante a efectos de la calificación del hecho como asesinato si pensó ejecutar el hecho con anterioridad o si concibió la idea momentos antes. Lo que resulta trascendente es la manera en la que se desarrolló la ejecución que, tal como resulta del hecho probado, permite la aplicación de la agravante de alevosía y la consiguiente calificación de asesinato»⁶⁶⁸.

⁶⁶⁸ Un par de sentencias más que niegan la necesidad de planificación o premeditación en la alevosía son: STS 9007/2011 de 19 de diciembre: «[...] que la descripción de la agresión cometida por Oscar incorporada al ‘factum’ de la recurrida, en él que leemos que ‘... cuando ya Zulima marchaba del lugar

Pero si la premeditación no es esencial a la alevosía, porque hay casos donde concurre la circunstancia en los que no hubo planificación alguna, ni siquiera tampoco constituye el fundamento de los casos de alevosía donde sí existió planificación o preparación previa —como ocurre por regla general en los supuestos proditorios de emboscada, acecho, trampa, etc.—, porque incluso en estos casos el desvalor propio de la alevosía no se presenta *antes de la ejecución* porque el autor *planifique o prepare el hecho*, sino, conforme a la definición legal del artículo 22.1, *durante ejecución* porque mediante el empleo de medios, modos o formas *elimina la defensa de la víctima*⁶⁶⁹. Por

dándole la espalda Oscar con la intención de acabar con su vida la golpeó en la cabeza, clavándole un cortafríos de unos 40 centímetros de largo y 4 centímetros de ancho ..., integra, obviamente, todos los requisitos propios de la acción alevosa, precisos para calificar esa conducta como delito de asesinato intentado del artículo 139.1ª del Código Penal (motivo Tercero), de acuerdo con numerosísima doctrina jurisprudencial al respecto, como la STS de 22 de Mayo de 2011, entre muchas otras, que proclama: ‘... La alevosía no exige planificación alguna sino el consciente empleo de medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa o especialmente a asegurarla sin el riesgo que para el sujeto pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido (art. 21.1º del Código Penal). En lo subjetivo basta la representación del *modus operandi*, y de la indefensión resultante para la víctima, sea porque con anterioridad se hubiese previsto o sea porque, sin previsión alguna previa, el sujeto ejecute su acción anulando a sabiendas la defensa de aquella» y STS 3134/2014 de 11 de junio: «De una parte se expresa que no se produjo una selección del medio agresivo por parte del acusado. En efecto, el relato tal como ha quedado tras su paso por la apelación sugiere un acto impulsivo, decidido de forma repentina, en las antípodas de una voluntad reflexiva. El acusado va alejándose del lugar en el coche y solo al descubrir a su derecha al peatón, de forma rápida y casi sin pensar da el ‘volantazo’ para golpearle. Esa es ciertamente la secuencia que ha de estimarse probada. Ciertamente también, la alevosía, junto a la vertiente objetiva (un modo, método o forma que asegura la ejecución y elimina la defensa), precisa de un componente subjetivo: buscar ese medio específico, aprovecharlo, quererlo. Ahora bien de ahí no cabe deducir que la alevosía exija premeditación: esto es obvio. Ni siquiera que sea necesaria una mínima planificación. Ni tampoco un margen, por reducido que sea, de reflexión: esto último puede parecer ya más discutible. Frente a ello hay que afirmar que un dolo de ímpetu, una reacción impulsiva, una decisión que aparece de improviso, sin previa reflexión, son coherentes con la alevosía. No es consustancial a la alevosía una actitud metódica, o una determinación reflexiva. Basta con ser consciente de la forma usada —aunque fuese la única imaginable o la más natural en el momento en que surge el propósito agresor— y aprovecharse de ella; basta con captar sus bases fácticas, aunque le vengan dadas al autor y no las haya preparado o configurado o buscado deliberadamente».

⁶⁶⁹ CARRARA, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial*, Volumen I, ob. cit., pág. 182, justifica que premeditación y alevosía pueden coexistir porque pertenecen a momentos distintos del *iter criminis*: «Concuerdo en que la calificante de acecho no reside en la sola *materialidad* accidental de la circunstancia, y en que ella exige la *preordenación* a la muerte; pero ya que, si bien no es concebible acecho sin premeditación, puede frecuentemente tenerse premeditación sin acecho por ello repito la observación que he formulado en la nota al § 1164, y persisto en pensar que la premeditación con acecho debe considerarse más grave que la premeditación simple». Igualmente ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 196: «Es la característica, de que la alevosía viene referida a la fase de ejecución del delito y la premeditación a la fase anterior, en la que se basa la doctrina para establecer la independencia entre una y otra circunstancia». PUIG PEÑA, Federico, «Alevosía», ob. cit., pág. 560: «[...] la alevosía se refiere y concreta a la manera como el delito es cometido o realizado, no a la manera como el delito se ha preparado». El hecho de que ambas circunstancias se funden en un desvalor diferente —la alevosía en la indefensión y la premeditación en el cálculo y la preparación previa— es lo que permitió en nuestra legislación histórica —y el Código penal de 1973 representa una buena prueba— que las circunstancias de alevosía y premeditación aparecieran reguladas de forma independiente y que fueran compatibles. CAMARGO HERNÁNDEZ, Cesar, *La alevosía*, ob. cit., pág. 81: «Para nosotros no ofrece duda que estas dos circunstancias agravantes son perfectamente compatibles e independientes, y buena prueba de ello es que puede haber alevosía sin premeditación, premeditación sin alevosía y concurrir ambas

este motivo, por mucho que el autor haya preparado —como dice SCHMOLLER— “amplia y especialmente” su ataque antes de la ejecución, habrá que negar la concurrencia de alevosía si esa planificación no logra provocar, más tarde durante la ejecución, la indefensión de la víctima; un cálculo y preparación que sale mal permitiendo en la ejecución ejercer a la víctima su defensa no da lugar en ningún caso a la apreciación de la circunstancia.

En cualquier caso, por último, resultaría sumamente extraño que el legislador por una parte hubiera rechazado la posibilidad de que la premeditación contenga por sí misma un grado de desvalor suficiente —al excluir la circunstancia a partir del Código penal 1995 del catálogo de agravantes del artículo 22— y por otra hubiera pretendido que ese desvalor insuficiente fundamentara la alevosía, cuando la definición legal de esta circunstancia indica más bien lo contrario, pues no sólo no hace referencia alguna a ninguna clase de cálculo o preparación previa a la ejecución, sino que además permite subsumir casos en los que no ha existido forma alguna de premeditación.

4.2 La alevosía sorpresiva

La segunda modalidad alevosa se caracteriza, como cualquiera de las otras dos, por la existencia de una situación de indefensión de la víctima. Pero, al igual que sucedía con la modalidad proditoria, la sola indefensión no es suficiente; además se requiere —con lo que se respeta el concepto legal de alevosía— que el autor provoque esa situación mediante el empleo de medios, modos o formas de ejecución. En cambio, la diferencia de esta modalidad con la proditoria consiste en la diversa naturaleza de los medios empleados; en la alevosía sorpresiva el autor no hace uso de la emboscada, la celada, la trampa o la asechanza, sino de un ataque súbito, inesperado, repentino o imprevisto sobre la víctima⁶⁷⁰.

circunstancias conjuntamente». ALTÉS MARTÍ, Miguel Angel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 196: «Lo cierto es que la doctrina española asienta el principio de la compatibilidad entre ambas circunstancias, puesto que pueden existir alevosía sin premeditación y premeditación sin alevosía o coexistir ambas en el hecho delictivo».

⁶⁷⁰ STS 922/2010 de 22 de enero: «[...] la actuación súbita o inopinada como equivalente a la acción que es imprevista, fulgurante o repentina, actuación sorpresiva a través de un lapso de tiempo mínimo entre el pensamiento concreto (no la idea previa de matar) y la ejecución [...]»; STS 910/2010 de 25 de febrero: «[...] la [alevosía] súbita o inopinada, en la que la agravante se caracteriza por el ataque imprevisto, fulgurante y repentino....»; STS 2563/2010 de 14 de mayo y STS 2969/2010 de 2 de junio: «[...] la alevosía sorpresiva, que se materializa en un ataque súbito o inesperado [...]»; STS 1479/2010 de 2 de marzo, STS 3379/2011 de 13 de mayo y STS 3781/2011 de 23 de mayo: «[...] la alevosía *sorpresiva*,

Aunque esta modalidad se denomine sorpresiva, es preciso aclarar que para su concurrencia no basta el mero hecho sorpresivo del ataque, sino que, como se acaba de decir, ha de tratarse de una sorpresa *que cause* en la víctima una situación de indefensión. Si esta causación no se produce habrá de excluirse la alevosía sorpresiva aunque existiera sorpresa. En este sentido, nuestra modalidad sorpresiva se encuentra bastante cercana a la concepción usual de alevosía [*Heimtücke*] en Alemania construida con los criterios de a) de falta de prevención o sorpresa [*Arglosigkeit*] y b) indefensión de la víctima [*Wehrlosigkeit*]⁶⁷¹, según la cual «ambos criterios tienen que existir

caracterizada por el ataque súbito, inesperado, repentino e imprevisto»; STS 2268/2010 de 15 de marzo, STS 1867/2010 de 25 de marzo y STS 5913/2011 de 15 de julio: «La alevosía sorpresiva consistente en una actuación súbita, repentina o fulgurante, que por su celeridad no permite a la víctima reaccionar ni eludir el ataque. Esta modalidad es apreciable en los ataques rápidos y sin previo aviso (S 1031/03, 8 de septiembre; 1265/04, 2 de noviembre)»; STS 7993/2011 de 25 de noviembre: «La alevosía sorpresiva consistente en una actuación súbita, repentina o fulgurante. En tal caso, la celeridad con que actúa el autor no permite a la víctima reaccionar ni eludir el ataque»; STS 8848/2011 de 22 de diciembre y STS 4588/2012 de 15 de junio: «es, más genéricamente, sorpresiva cuando el ataque se efectúa en condiciones que sorprenden a la víctima»; STS 770/2012 de 24 de enero: «Cuando se trata de la llamada alevosía sorpresiva, el elemento básico que la configura es el ataque repentino, fulgurante, súbito e imprevisto por la víctima que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera ni sospecha un ataque, difícilmente puede prepararse contra el mismo en la medida de lo posible. De manera que ‘no cabe apreciar la alevosía cuando la víctima no esté totalmente desprevenida’ (STS de 1 de febrero de 1995 y las que en ella se citan)»; STS 3899/2012 de 11 de mayo: «Otra de sus modalidades más frecuentes es el ataque por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino». STS 3807/2012 de 22 de mayo, STS 347/2013 de 25 de enero y STS 1956/2015 de 14 de abril: «[...] la alevosía sorpresiva, caracterizada por el ataque súbito, inesperado, repentino e imprevisto»; STS 1276/2013 de 27 de enero: «[...] la [alevosía] súbita o inopinada cuando el agente desencadena el ataque ‘ex improvisu’, esto es, estando totalmente desprevenido el ofendido, al cual nada en el comportamiento de aquél le permite presagiar que va a ser agredido de una forma que impida todo intento defensivo».

⁶⁷¹ Véase *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, ob. cit., ESER/STERNBERG-LIEBEN § 211 nm. 23, pág. 2040: «[...] obra alevosamente quien aprovecha conscientemente la falta de prevención e indefensión de la víctima [...] [...] handelt heimtückisch, wer die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst ausnutzt [...]»; *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch* §§ 185-262, ob. cit., SCHNEIDER § 211 nm. 122, pág. 411: «La alevosía circunscribe una modalidad especialmente peligrosa de ejecución. Ella se destaca por que el autor aprovecha con intención enemiga la falta de prevención e indefensión para matar [*Die Heimtücke umschreibt eine besonders gefährliche Tatausführungsmodalität. Sie zeichnet sich dadurch aus, dass der Täter in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers zur Tötung ausnutzt*]». MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*, ob. cit., pág. 34: «Alevosamente obra el autor cuando él con intención enemiga aprovecha la falta de prevención e indefensión de la víctima para su hecho [*Heimtückisch handelt der Täter, wenn er in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers für seine Tat ausnützt*]». KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht Besonderer Teil I*, ob. cit., pág. 47 (§ 2 nm. 21): «Mata alevosamente quien con intención enemiga aprovecha conscientemente la falta de prevención y la indefensión de la víctima para matar [*Heimtückisch tötet, wer in feindseliger Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt*]»; KÜPER, Wilfried, *Strafrecht. Besonderer Teil. Definitionen mit Erläuterungen*, ob. cit., pág. 180: «‘Alevosamente’ mata quien la falta de prevención e indefensión objetivamente dada de la víctima aprovecha conscientemente con intención enemiga para matar [*„Heimtückisch“ tötet, wer die objektiv gegebene Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in feindlicher Willensrichtung bewußt zur Tötung ausnutzt*]»; RENGIER, Rudolf, *Strafrecht. Besonderer Teil II. Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit*, ob. cit., pág. 25 (§ 4 nm.23): «Alevosamente obra, quien —con intención enemiga [...]— aprovecha conscientemente la falta de prevención e indefensión de la víctima para matar [*Heimtückisch handelt, wer – in feindlicher Willensrichtung [...] – die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt*]»; ob. cit., pág. 18 (§ 4 nm. 17): «Alevosamente mata, según constante jurisprudencia,

cumulativamente de tal forma, que la indefensión sea resultado de la falta de prevención (sorpresa)»⁶⁷². El que la sorpresa sólo alcance la consideración de alevosa si provoca la falta de defensa ha conducido también a nuestro Tribunal Supremo, en la importante STS 5298/2010 de 11 de octubre, a una reinterpretación del significado de lo “sorpresivo” dentro del ámbito de la alevosía⁶⁷³: «[...] en la motivación de la Sentencia aparece como dato objetivo relevante para deducir lo sorpresivo, repentino e inesperado de la acción mortal, el que ‘su hermana no se esperaba el ataque’ porque ‘no había razón

quien con intención enemiga aprovecha conscientemente la falta de prevención e indefensión de la víctima para matar [*Heimtückisch tötet nach ständiger Rechtsprechung, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewußt zur Tötung ausnutzt*]»; WESSELS, Johannes/HETTINGER, Michael, *Strafrecht. Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte*, Edit.: C. F. Müller, 37ª edición reelaborada, Heidelberg-Múnich-Landberg-Frechen-Hamburgo, 2013, pág. 39 (§2 nm. 107): «Según la interpretación jurídica desarrollada por el Tribunal Federal [alemán] obra alevosamente quien con intención enemiga (BGHSt GrS 9, 385) aprovecha conscientemente la falta de prevención e indefensión de la víctima para matar [*Nach der vom BGH entwickelten Rechtsauffassung handelt heimtückisch, wer in feindlicher Willensrichtung (BGHSt GrS 9, 385) die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt*]»; KREY, Volker / HEINRICH, Manfred / HELLMANN, Uwe, *Strafrecht. Besonderer Teil. Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung. Band 1. Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte*, Edit.: W. Kohlhammer, 15ª edición completamente reelaborada, Stuttgart, 2012, pág. 13 (§ 1 nm. 29): «Según doctrina dominante se da esta circunstancia cuando el autor aprovecha consciente la falta de prevención e indefensión de la víctima para el hecho [*Nach h.M. ist dieses Merkmal gegeben, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tat ausnutzt*]»; GÖSSEL, Karl Heinz / DÖLLING, Dieter, *Strafrecht. Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte*, Edit.: C. F. Müller, 2ª edición reelaborada y ampliada, Heidelberg, 2004, pág. 85 (§4 nm. 93): «La alevosía supone que el autor aprovecha para la ejecución del hecho un estado de falta de prevención e indefensión de la víctima [...] [*Heimtücke setzt voraus, daß der Täter zur Ausführung der Tat einen Zustand der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers ausnutzt* [...]]; HILGEDORF, Eric, en Gunther ARZT/Ulrich WEBER/Bern HEINRICH/Erich HILGEDORF (autores), *Strafrecht. Besonderer Teil. Lehrbuch*, Edit.: Ernst und Werner Gieseking, 2ª edición, Bielefeld, 2009, pág. 53 (§ 2 nm. 44): «La alevosía consiste según jurisprudencia establecida en el aprovechamiento de la falta de prevención y (no: o) indefensión de la víctima [*Die Heimtücke liegt nach gefestigter Rspr. in der Ausnutzung der Arg- und (nicht: oder) Wehrlosigkeit des Opfers*]».

⁶⁷² *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch §§ 185-262*, ob. cit., SCHNEIDER § 211, nm. 123, pág. 412: «Beide Kriterien müssen kumulativ dergestalt vorliegen, dass die Wehrlosigkeit Resultat der Arglosigkeit ist». También KÜPER, Wilfried, *Strafrecht. Besonderer Teil. Definitionen mit Erläuterungen*, ob. cit., pág. 183: «La ‘indefensión’ tiene que basarse además en la ‘falta de prevención’; la víctima tiene que estar indefensa precisamente causa de su falta de prevención; una indefensión que exista independientemente de ella no basta [*Die ‘Wehrlosigkeit’ muß zudem auf der ‘Arglosigkeit’ beruhen; das Opfer muß gerade aufgrund seiner Arglosigkeit auch wehrlos sein; eine unabhängig davon bestehende Wehrlosigkeit reicht nicht aus*]».

⁶⁷³ Esta sentencia es citada a su vez por la STS 7732/2010 de 27 de noviembre: «Se alega que el ataque de los internos fué [sic] alevoso porque se perpetró de forma sorpresiva provocandola indefensión de los lesionados. 1. - Hemos dicho en la Sentencia 863/2010 de 11 de octubre que en la alevosía lo sorpresivo, inesperado, o repentino adquieren significación solamente en cuanto formas comisivas causantes de una indefensión buscada o aprovechada, y por ello han de valorarse con relación a la forma ejecutiva del ataque en su dinámica de realización concreta y no con relación a la agresión considerada como suceso o acontecimiento sobrevenido. Cabe así que la previsión anticipada de su hipotética ejecución no impida lo alevoso del ataque si en el momento de su realización se ejecuta tan repentina y sorpresivamente que no se deja a la víctima margen alguno de reacción defensiva; y cabe por el contrario que, sin haber imaginado o previsto antes que pudiera ser atacada alguna vez por el sujeto por falta de razones o causas para ello, la agresión se inicie y materialice de modo no incompatible con una posible reacción defensiva por parte de la víctima y sin asegurar el agresor el resultado. En este segundo caso solo en tal sentido

para ello'; criterio que no puede tampoco compartirse: en efecto, lo sorpresivo, repentino o inesperado de un ataque sólo determina su condición alevosa en la medida en que por esas mismas características se elimine el margen de una posible reacción defensiva de la víctima o de un tercero. Lo sorpresivo, inesperado, o repentino adquieren así significación solamente [sic] en cuanto formas comisivas causantes de una indefensión buscada o aprovechada, y por ello han de valorarse con relación a la forma ejecutiva del ataque en su dinámica de realización concreta y no con relación a la agresión considerada como suceso o acontecimiento sobrevenido».

Como vemos, la sentencia citada resulta de enorme interés para comprender el significado de lo “sorpresivo” desde la perspectiva de la alevosía. Lo “sorpresivo” no es simplemente “lo que no se espera” o “aquello para lo que no había razón”, sino que lo “sorpresivo” en la alevosía sólo puede determinarse a partir de la forma de ejecución, en la medida en que ésta causa la indefensión de la víctima. De este modo, para la alevosía la sorpresa no está en que la víctima no espere el ataque, sino que si se la sorprende se debe a que el ataque se ejecuta de tal manera que no puede defenderse⁶⁷⁴; sorprender a la víctima es hacer imposible su defensa. Lo sorpresivo, entonces, en lugar de radicar en la

podrá calificarse la agresión como ‘suceso inesperado’ pero sin que lo sorpresivo del hecho lo sea también de ‘su material forma de ejecución’, desde la perspectiva de la indefensión que es la que interesa en la alevosía».

⁶⁷⁴ Ejemplo de que la desprevenición o sorpresa ha de determinarse a partir de la ejecución es la STS 4302/2011 de 17 de junio: «Sorprende ahora que en el desarrollo de este motivo cite declaraciones testificales que pusieron de manifiesto el temor de Adriano sobre su vida, amenazas que provenían precisamente del apodado como ‘Orejas’, que no es otro que Faustino, intentando argumentar la inexistencia de la circunstancia agravante de alevosía, en tanto que hubiera estado ya alerta sobre tal acción, y en consecuencia, no encontrándose del todo desprevenido, pero tal posición defensiva contradice frontalmente el relato fáctico en donde se expone que, encontrándose solos, Faustino sacó el arma y disparó, por la espalda, en la cabeza de Adriano, a una distancia inferior a 30 centímetros, con orificio de entrada en la región occipital, y con orificio de salida situado en el ala izquierda de la nariz, causándole la muerte de forma instantánea, y ante esta descripción, un disparo por la espalda en la cabeza no puede sino tildarse de alevoso». Igualmente STS 7804/2012 de 7 de noviembre: «La cuestión esencial radica, por consiguiente, en determinar si la víctima, en las concretas circunstancias en que se desarrollaron los hechos, el fallecido pudo haber previsto el ataque mortal con el cuchillo y, con tiempo mínimamente suficiente para oponer una defensa mínimamente eficaz para repeler esa final y diferente agresión». También STS 3134/2014 de 11 de junio: «[...] el acometimiento ha de ser reputado alevoso: el vehículo lleva sus luces apagadas, embiste por la espalda al peatón que avanzaba desprevenido y sin capacidad para sospechar ni remotamente tan inopinado ataque por más que antes hubiese podido ser testigo o incluso partícipe del altercado. No se adivina —por mucho empeño que se invierta en esa tarea— qué posible reacción defensiva cabría en esa situación. No hay tiempo ni ocasión ante ese repentino acelerón combinado con un cambio de trayectoria [sic] mediante un movimiento brusco (de ‘volantazo’ hablan los testigos en maniobra que ‘objetivamente’ coincide con la versión del acusado, aunque éste niegue su intencionalidad) para golpear por la espalda a quien va caminando. Desaparece cualquier posibilidad de defensa lo que merece el reproche que incorpora el art. 139 CP». Lo determinante según estas sentencias no está tanto en prever o no el ataque, sino en la posibilidad de oponer una defensa eficaz.

previsión o no del ataque, lo hace en la forma de ejecutarlo en cuanto que impide la defensa⁶⁷⁵. O dicho de otro modo, desde la perspectiva de la circunstancia se debe llamar “sorpresivo” a lo que “elimina la defensa de la víctima”, y existe sorpresa en cuanto se produce tal eliminación. Esto confirma, además, lo que he pretendido demostrar desde el inicio de este trabajo, es decir, que el fundamento último de la alevosía siempre consiste en una eliminación del derecho a la defensa; también en esta modalidad en la medida en que la sorpresa sólo puede considerarse alevosa si aniquila la capacidad de reacción de la víctima⁶⁷⁶.

Entendido así lo sorpresivo, es posible la situación de que se esperara o previera un ataque y sin embargo considerarlo alevoso, porque la ejecución, al no dejar ninguna posibilidad de defensa, fuera “sorpresiva”: «Cabe así que la previsión anticipada de su hipotética ejecución no impida lo alevoso del ataque si en el momento de su realización se ejecuta tan repentina y sorpresivamente que no se deje a la víctima margen alguno de reacción defensiva»⁶⁷⁷. Esta conclusión es de enorme relevancia práctica en los casos en que la víctima ha recibido amenazas o tiene otros motivos para esperar un ataque —piénsese en las personas sometidas a violencia de género—. Porque, en estos casos será posible afirmar la alevosía a pesar de que la víctima previera la agresión, puesto que el autor siempre podrá sorprenderla en la ejecución impidiendo su defensa. Negar, en cambio, esta posibilidad supone aceptar no sólo que quien ha sido amenazado⁶⁷⁸ o tiene motivos de sospecha⁶⁷⁹ nunca pueda ser objeto de un ataque alevoso, sino además su

⁶⁷⁵ En sentido similar la doctrina alemana; SCHMOLLER, Kurt, «Überlegungen zur Neubestimmung des Mordmerkmals „heimtückisch“», ob. cit., pág. 393, nota 13: «Es correcto que un ‘aprovechamiento’ de la desprevisión [sorpresa] de todas maneras sólo existe cuando la comisión del hecho ha sido facilitada a través de la desprevisión [sorpresa], es decir, cuando las oportunidades de defensa han sido disminuidas. En esta medida en el ‘aprovechamiento de la desprevisión [sorpresa]’ está ya contenida la disminución de las posibilidades de defensa [*Daran ist richtig, daß ein ‚Ausnützen‘ von Arglosigkeit ohnehin nur dann vorliegt, wenn die Tatbegehung durch die Arglosigkeit des Opfers erleichtert, d. h., wenn die Abwehrchancen des Opfers vermindert worden sind. Insofern ist im ‚Ausnützen von Arglosigkeit‘ die Minderung der Abwehrchancen schon mitenthalten*]».

⁶⁷⁶ STS 3532/2010 de 16 de abril: «El carácter sorpresivo de la acción no es la esencia de la alevosía, sino una de sus formas. En la jurisprudencia de esta Sala, lo esencial es la indefensión de la víctima frente al autor». STS 1458/2014 de 2 de abril: «De ahí que la concurrencia de sorpresa en la víctima, por razón del procedimiento o forma en el actuar del sujeto activo, no sea exigencia imprescindible. Basta que, por otra razón, se logre el aseguramiento del resultado con indemnidad para el autor a la defensa de la víctima».

⁶⁷⁷ La misma STS 5298/2010 de 11 de octubre.

⁶⁷⁸ Relativiza la importancia de las amenazas de cara a descartar la alevosía la STS 5631/2011 de 18 de mayo: «Debiendo tenerse en cuenta que la Jurisprudencia ha venido a sentar que la desconfianza que puede despertar una amenaza previa, en este caso entre amigos, tiene un carácter necesariamente relativa, y así lo recoge la sentencia del 17/7/2007, 3/11/2010 [...]».

⁶⁷⁹ STS 8801/2012 de 27 de diciembre: «Lo que resulta de los hechos probados es que, en efecto, las dos muchachas advirtieron que los dos individuos cuchicheaban en su proximidad, lo que les intranquilizó;

condena a un permanente estado de guardia. Pero esto carece de lógica. Imagínese el caso de quien recibió un amenaza de un autor que días después, una vez examinados sus hábitos, le dispara cuando está jugando en un bar a las cartas de espaldas sin que se aperciba⁶⁸⁰. ¿Acaso no es esto un ataque alevoso? ¿Se debe condenar a la víctima de las amenazas a que no salga a la calle, a que no pare en un bar, a que en definitiva interrumpa su vida normal y esté constantemente en guardia?⁶⁸¹

De modo inverso, es posible que ni se esperara ni previera el ataque y sin embargo no entenderlo como alevoso porque la ejecución, al dejar posibilidades de defensa a la víctima, no fuera “sorpresiva”: «cabe por el contrario que, sin haber imaginado o previsto antes que pudiera ser atacada alguna vez por el sujeto por falta de razones o causas para ello, la agresión se inicie y materialice de modo no incompatible con una posible reacción defensiva por parte de la víctima y sin asegurar el agresor el resultado. En este segundo caso solo en tal sentido podrá calificarse la agresión como ‘suceso inesperado’ pero sin que lo sorpresivo del hecho lo sea también de ‘su material forma de ejecución’, desde la perspectiva de la indefensión que es la que interesa en la alevosía»⁶⁸². También es útil aquí un ejemplo; el hecho de que yo no espere que de

indudablemente al pensar que el asunto podía tener que ver con ellas, de ahí que trataran de poner distancia. Pero lo cierto es que la experimentada fue una sensación, inespecífica, de alarma, que las llevó a ausentarse del lugar, ni siquiera se dice que corriendo, y sin adoptar una actitud defensiva. Pensando, es obvio, que bastaba con poner alguna distancia, por lo inimaginable de un ataque como el producido de inmediato. Así las cosas, lo ocurrido es que Florinda —según admite el propio tribunal— fue abordada de un modo imprevisto o repentino, e inmediatamente inmovilizada por sus agresores, que la redujeron a una situación de objetiva inermidad, pues, es claro, no tuvo ninguna oportunidad de reaccionar. Por tanto, fue gravemente herida mientras se hallaba indefensa. E incluso, hay que decirlo, desprevenida, frente a un acometimiento como el que padeció, pues ningún motivo había en lo sucedido hasta entonces, ni en general, en términos de experiencia, para esperar el brutal acuchillamiento».

⁶⁸⁰ Un caso similar en STS 57520/2013 de 18 de noviembre donde se apreció alevosía: «El segundo de los motivos, por el mismo cauce del anterior, discute la corrección en la estimación de que el hecho fue cometido concurriendo alevosía [...]. El dato relevante para justificar tal pretensión es, según el motivo, la concurrencia de dos sujetos más en el escenario del hecho, que la tarde anterior habían discutido agresor y víctima mediando incluso amenazaba de muerte por parte del recurrente. [...] Conviene sin embargo recordar que la sentencia describe como el agresor se dirige a la víctima que estaba en ‘cucullas’ realizando la acción de consumir droga. Que no medió palabra que precediera al momento en que el acusado dispara hasta tres veces un arma de fuego que, en primer lugar, alcanza en el pecho a la víctima. Y en sede de fundamentación jurídica recuerda que la víctima declaró que el agresor se le aproximó por el lado izquierdo y que no le vio llegar. Y la sentencia matiza como el arma utilizada garantizaba la ‘efectividad letal’, por más que ésta resultara después abortada».

⁶⁸¹ Ni siquiera en situaciones conflictivas como el enfrentamiento entre bandas juveniles rivales reconoce el Tribunal Supremo la obligación de estar prevenido. STS 4124/2010 de 14 julio: «En el caso, es cierto que el agredido pertenecía a un grupo o banda rival de la que lleva a cabo el ataque, pero ello no supone que permanentemente deba estar en guardia, con su defensa preparada, atento a una posible agresión procedente de sus rivales».

⁶⁸² La misma STS 5298/2010 de 11 de octubre.

repente un desconocido me ataque en la calle carece del carácter sorpresivo propio de la alevosía si se enfrenta a mí cara a cara y tengo posibilidades de reaccionar frente a su ataque.

Una vez establecido el significado de lo “sorpresivo”, es el momento de abordar un supuesto problemático que se encuentra estrechamente conectado con la modalidad sorpresiva; la “riña previa”. En efecto, si esta modalidad se caracteriza por la sorpresa, entonces dicho factor sorpresivo parece quedar anulado en los casos en los que existió con anterioridad una disputa. La “riña previa” actúa entonces, en cuanto que excluye su concurrencia, al modo de un elemento negativo con relación a la alevosía sorpresiva. Éste ha sido el criterio general seguido por el Tribunal Supremo en muchas de sus sentencias⁶⁸³: «Generalmente se ha excluido la alevosía en los supuestos en los que el ataque se realiza en el marco de una pelea o discusión violenta previa, pues se entiende que en esos casos puede considerarse la existencia de posibilidades de defensa por parte del sujeto atacado en cuanto puede afirmarse que debe estar precavido ante una posible agresión de su contendiente»⁶⁸⁴.

Sin embargo, si se observan las cosas en detalle es obvio que de la “riña previa” no se deduce con necesidad el hecho de que la víctima *realmente* previera el ataque.

⁶⁸³ Así lo han reconocido autores como PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Estudios sobre el delito de asesinato*, ob. cit., págs. 34 y s.: «Nuestra jurisprudencia, en efecto, oscilando también entre una perspectiva descriptiva, atenta al dato psicológico de la advertencia o previsión de la acción homicida por parte de la víctima, y otra más bien normativa, relacionada con la existencia de razones para tal previsión, se ha cuestionado puede o no concurrir cuando a la ejecución del hecho hubiesen precedido enfrentamientos entre el autor y la víctima. La tesis tradicionalmente admitida es la de que en tales casos se habría de descartar la apreciación de dicha circunstancia porque, aunque de facto no la hubiese previsto, habría sido previsible para el ofendido la práctica de la agresión y habría estado por tanto en condiciones de precaverse frente a ella».

⁶⁸⁴ STS 5289/2010 de 6 de octubre. Véase en este sentido además STS 6815/2010 de 22 de noviembre: «[...] la situación de enfrentamiento y violencia que precedió a los hechos mortales denotan una gran agresividad y tensión entre los acusados y la víctima. Si aquellos disparan contra la fachada del que resultó muerto, ponen en evidencia sus inequívocos propósitos agresivos, lo que elimina ya de entrada la modalidad alevosa de la asechanza o sorpresa inesperada»; STS 2039/2011 de 14 de abril: «[...] hay una doctrina reiterada de esta Sala que considera incompatible con la alevosía la existencia de una situación de riña o disputa previa, pues tal situación hace que pueda esperarse el ataque constitutivo del delito (SSTS. 12.5.93, 10.6.94, 24.7.2000)»; STS 3574/2011 de 4 de mayo: «[...] la existencia de una discusión previa entre agresor y víctima, introduce, con carácter general, importantes matices, que han llevado a esta Sala a excluir la alevosía en no pocos supuestos, en la medida en que quien se incorpora a una riña asume la situación de riesgo y actúa prevenido frente a posibles agresiones (cfr. SSTS 1106/1993, 12 de mayo y 1222/1994, 10 de junio)»; STS 8848/2011 de 22 de diciembre: «Cuando, específicamente, la modalidad de alevosía que se discute es la denominada sorpresiva una doctrina reiterada de esta Sala considera incompatible con la alevosía la existencia de una situación de riña o disputa previa, pues tal situación hace que pueda esperarse el ataque constitutivo del delito».

Porque un enfrentamiento previo entre autor y víctima no garantiza con seguridad que la víctima llegue a prever *efectivamente* el ataque posterior del autor. En realidad, en la “riña previa” opera una presunción *normativa* por la que se supone, incluso *contráfácticamente*, que dado que existió una disputa previa la víctima *debió* prever el ataque del autor, aunque *de hecho* no lo hiciera.

En cualquier caso, si la riña previa lo que garantiza es que la víctima *debió* prever o, en el mejor de los casos, previó *de hecho* el ataque, esto resulta insuficiente para negar el factor sorpresivo característico de esta modalidad alevosa. Porque lo “sorpresivo” en la alevosía, como he sostenido, consiste en una forma de ejecución que elimina la defensa, y por mucho que la víctima prevea el ataque o debiera preverlo, el autor siempre podrá ejecutarlo de tal modo que la “sorpresa” eliminando su capacidad de defensa⁶⁸⁵. No se me ocurre otro ejemplo mejor que el de las mujeres que sufren violencia de género⁶⁸⁶. Creo que no se puede poner en cuestión que desgraciadamente

⁶⁸⁵ Según veo GÓMEZ RIVERO, Carmen, «Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal», ob. cit., pág. 46, desarrolla una argumentación similar: «A la misma filosofía responde la tendencia jurisprudencial contraria a apreciar la alevosía en los casos de *participación en riña* —supuestos en los que ninguno de los contendientes podía desconocer la posibilidad de un ataque en el que concurrían circunstancias alevosas— así como en general cuando entiende que la víctima tenía motivos para sospechar un posible ataque del agresor. Desde luego que nada habría que objetar a esta interpretación si con ella se estuvieran descartando los casos en los que la víctima tiene conocimiento no sólo de la realidad, sino del modo de ataque que empleará su agresor. Y ello porque el desequilibrio de fuerzas propio de esta circunstancia desaparecería si la víctima tuviera también la posibilidad de ‘planear’ o de contrarrestar con la misma rapidez que su agresor el ataque de éste. Porque lo que se trata de castigar con la alevosía no es la especial capacidad de ‘maquinación’ del agresor frente a la ‘torpeza’ o falta de ingenio del agredido, sino el desequilibrio de fuerzas que provoca justamente la ignorancia del medio que emplearía aquél». Un ejemplo sería la STS 6546/2013 de 2 de diciembre: «En el previo cierre de la puerta, dejando fuera al recurrente, y la violenta discusión sostenida, no cabe ver un escenario apto para que la víctima intuyese o pudiese pronosticar o pasarle por la cabeza que unos momentos después su marido, humillado o no, más o menos encolerizado —eso es indiferente a efectos de la alevosía,— le iba a disparar con el arma mientras descansaba en un sofá. *Ex post* se puede elucubrar con posibilidades de defensa: es obvio. En todo supuesto de alevosía pasaría así. Si se sabe que va a existir una agresión de una forma determinada, no es difícil planificar medios defensivos aún en los más característicos casos de alevosía. Pero aquí la alevosía descansa sobre la absoluta imprevisibilidad de esa modalidad de ataque, cuando ya ha cesado la disputa, y por más que el clima de fuerte tensión persistiese y latiese en el ambiente. Lo que relató el recurrente se acompasa bien con ese estado de absoluta imprevisión de un ataque de esas características ‘*la vio a ella sentada en el sofá, que eso le ofuscó más todavía pues la vio muy tranquila encima de que le estaba puteando, sentada en plan chulo...*’» [subrayado mío].

⁶⁸⁶ Por desgracia muchos de los asesinatos alevosos son casos de violencia de género. Hasta tal punto es así, que el Tribunal Supremo parece estar configurando, con objeto de proteger a las víctimas de este tipo de violencia, una nueva modalidad alevosa; la alevosía convivencial o doméstica. Sin embargo, cabe dudar de que el Tribunal Supremo esté logrado su finalidad. Para un análisis y crítica de esta modalidad especial véase la parte final del capítulo. Por otra parte al referirme a la violencia de género como un caso de riña previa me referiré no sólo a enfrentamientos sino también a amenazas. Evidentemente en un sentido estricto las amenazas es un fenómeno diferente a la riña. Si embargo estoy empleando la expresión “riña previa” en un sentido amplio para aludir a cualquier motivo (enfrentamientos o amenazas) por el que la víctima debería recelar de un ataque.

muchas de ellas, después de un largo historial de amenazas y enfrentamientos con su agresor, cuentan con la posibilidad o casi certeza de ser atacadas. En estos casos ¿qué diremos?, ¿que, puesto que habrían sufrido múltiples episodios de enfrentamiento y estaban máximamente amenazadas, tenían el deber de estar prevenidas o en permanente guardia? ¿que, por tanto, estaban obligadas a defenderse por sí mismas, y que la protección mayor que les cabe esperar del ordenamiento penal es el castigo a su agresor por homicidio, pero jamás por asesinato? Yo creo que esta solución es absolutamente insostenible. Pienso que aunque la mujer esté segura de que su agresor la atacará, éste puede sorprenderla adoptando un modo de ejecución que elimine su defensa, y que siendo así en estos casos lo correcto es afirmar la concurrencia de alevosía. Porque quien ha sufrido otros episodios de violencia y está máximamente amenazado el Derecho no le puede abandonar. En este sentido, me parece completamente acertada una sentencia como la siguiente STS 2901/2010 de 27 de abril donde la sorpresa no se vincula a la mera previsión del ataque, sino a la forma en que el autor lo ejecuta aniquilando las posibilidades de defensa de la víctima: «Pues bien, en el presente caso puede afirmarse que concurren todas las vertientes de la alevosía que se acaban de describir, por lo que los argumentos del Recurso, por el hecho de que la víctima estuviera genéricamente prevenida respecto del peligro que para ella representaba la actitud de su esposo, resultan inaceptables, pues lo cierto es que la agresión de éste, en el momento de realizarse, se produjo de forma totalmente sorpresiva y sin posibilidades reales de defensa por parte de la víctima, como ya hemos visto que se afirma en el relato de hechos de la recurrida»⁶⁸⁷.

⁶⁸⁷ Otras sentencia del Tribunal Supremo de violencia de género similares: STS 8696/2012 de 10 de diciembre: «[...] aunque el acusado se cruzara algunas palabras con su esposa antes de acuchillarla y esta pudiera intuir en ese momento que iba a ser agredida, lo cierto es que consta probado que aquel llevaba oculto el cuchillo, lo que significa que la mujer no pudo apercibirse en un primer momento de la existencia del instrumento homicida»; STS 347/2013 de 25 de enero: «Con respecto a la *alevosía*, se argumenta en el recurso que no puede apreciarse una alevosía sorpresiva si se atiende a la conducta del acusado en las fechas precedentes a la agresión, toda vez que, según se recoge en la propia sentencia recurrida, el acusado ya había amenazado de muerte a Adoracion [sic] unos días antes de la acción homicida, amenazas que tuvieron que generar en la víctima una actitud de sobre aviso o de prevención en cuanto a una posible agresión violenta del acusado con respecto a su vida. La tesis de la defensa contradice sustancialmente la narración fáctica de la sentencia, narración que por cierto no cuestiona, cuando menos de forma directa, la parte recurrente. En el ‘factum’ se afirma que ‘*Cuando el procesado observa que el vehículo de Adoracion se detiene delante de la puerta del garaje, y que la misma se baja del vehículo para meter la tarjeta de acceso al garaje, aprovecha dicha circunstancia para abalanzarse sobre Adoracion por la espalda, de forma súbita y sorpresiva, metiéndola a la fuerza en el vehículo, y estando Adoracion sobre el asiento del conductor del vehículo comienza a agredirla brutalmente...*’. Las expresiones que utiliza la sentencia para narrar el inicio del ataque del acusado no pueden ser más descriptivas de una conducta alevosa de índole sorpresiva o repentina».

No obstante, es cierta la objeción de que no todos los casos de riña previa son comparables a los de las mujeres sometidas a violencia de género. En ocasiones, quien termina siendo víctima no ha jugado un papel meramente pasivo en el enfrentamiento previo. Puede citarse aquí el caso de los tiranos familiares finalmente asesinados por aquellos a quienes han atormentado durante años, o también el caso, ampliamente comentado en la doctrina alemana, del extorsionador al que da muerte el extorsionado del que me he ocupado en el primer capítulo⁶⁸⁸. En estos casos parece en principio más justificado que quien generó el enfrentamiento deba esperarse un ataque posterior. No porque de hecho lo espere, pues en muchas ocasiones su posición de dominio —piénsese en quien tiraniza o extorsiona a otro— le hará descartar el ataque de aquel a quien piensa tener completamente sometido⁶⁸⁹, sino porque su comportamiento en el enfrentamiento previo le convierte en responsable en cierta medida de haber incitado el ataque. Ésta es la posición sostenida, siguiendo en buena medida las tesis de MÜSSIG⁶⁹⁰ tratadas en el

⁶⁸⁸ Recuerdo brevemente hechos del caso narrados en la sentencia del Tribunal Federal alemán BGHSt 48, 207: La posterior víctima (M.) intentaba desde hacía algún tiempo extorsionar al acusado a causa de sus negocios ilegales —la comercialización de copias piratas de CD—. El día de los hechos M. junto con un acompañante (Ma.) fue a ver al acusado a su piso. Se bebió vodka. M. renovó sus “exigencias” y finalmente dio énfasis a sus amenazas también mediante patadas contra el mobiliario del piso. A consecuencia de ello, el acusado entregó al acompañante Ma. una bolsa de plástico con ahorros por valor de aproximadamente 5000 marcos alemanes. M., ya claramente bebido, estaba en ese momento en el salón con las manos en los bolsillos del pantalón. De manera completamente sorpresiva para él, que no esperaba ningún tipo de ataque, el acusado se puso detrás de él para matarle. El acusado estaba furioso porque M. le había querido quitar el dinero ahorrado; no deseaba dejarse destrozar su existencia por M. Rápido como un rayo tiró hacia atrás la cabeza de M., golpeó reiteradas veces la misma e inmediatamente con un cuchillo de cocina con un filo de 5,8 cm sacado de bolsillo del pantalón le cortó reiteradas veces a lo largo del cuello de izquierda a derecha. M. se derrumbó e inmediatamente murió. Un caso muy similar se presenta en la STS 5445/2013 de 4 de octubre: «La víctima es el inicial agresor que, por tanto, está en actitud de ataque. No puede decirse ni que estén anuladas sus posibilidades de defensa ni que estuviese totalmente desprevenido. Sin duda se vio sorprendido por el arma; pero debía contar con una posible reacción defensiva de la persona a la que estaba golpeando —‘cruelmente’, según interpretó el jurado—».

⁶⁸⁹ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Estudios sobre el delito de asesinato*, ob. cit. págs. 36 y s.: «La solución de los casos como el de la STS de 29 de junio de 1990 se desvía de forma patente de tales criterios valorativos y los sustituye por una simple descripción del estado de conciencia de la víctima en el momento del hecho, que se apoya probablemente en un razonamiento parecido al de la sentencia del BGH de 25 de marzo de 2003: la debilidad, la inferioridad y la sumisión de las víctimas de una violencia doméstica sostenida en el tiempo serían factores que, lejos de fundar cualquier sensación de temor o amenaza en quien venía ejerciendo tal violencia, habrían fomentado en él más bien una confianza ilimitada en su propia seguridad, que hubo de quedar luego radicalmente defraudada por el carácter ‘súbito e inesperado’ (o también ‘inopinado e imprevisto’) de la reacción. Esta consideración se ha hecho explícita en alguna sentencia del Tribunal Supremo español, como la de 12 de febrero de 1981».

⁶⁹⁰ MÜSSIG, Bernd, «Normativierung der Mordmerkmale durch den Bundesgerichtshof?...», ob. cit., pág. 136: «el atacante tiene que cargar con las consecuencias defensivas causadas por su ataque como si fueran ‘su (propia) culpa’, es decir, tiene que responsabilizarse por ellas; en esta misma medida el que se defiende es descargado de responsabilidad [*Der Angreifer hat die Abwehrfolgen wegen seines Angriffs als ‘(selbst)verschuldete’ zu tragen, d.h. zu verantworten; insoweit ist der sich Wehrende von der Haftung entlastet*]»

primer capítulo, por la autora alemana Anette GRÜNEWALD⁶⁹¹: «Una muerte ‘alevosa’ o asesinato se excluye en caso de que la víctima haya dado al autor un motivo para la muerte jurídicamente digno de consideración que disminuye el injusto. En este caso ocurre la muerte cum causa, por lo cual el hecho debe ser calificado como una muerte dolosa privilegiada o como homicidio. La circunstancia de “alevosía” y su definición básica como aprovechamiento de la falta de prevención e indefensión según esto ya no se interpreta más fácticamente (en el sentido de: ¿estaba la víctima de hecho desprevenida?), sino normativamente. Debe preguntarse si la víctima debía estar desprevenida; y no debía siempre que ella en conexión inmediata con el hecho (su muerte) ha irrumpido en la esfera jurídica del autor»⁶⁹².

Pero incluso en estos casos, donde la posterior víctima tomó un papel activo e incitador en el enfrentamiento, pienso que existen razones que cuestionan la existencia de un “deber de estar prevenido”. En primer lugar, porque no todo motivo que la víctima da al autor parece capaz de engendrar dicho deber⁶⁹³. Y ello ni siquiera si se trata de motivos jurídicamente relevantes. Así por ejemplo la agresión de la víctima al autor ocurrida un mes atrás proporciona un motivo, además no despreciable desde la

⁶⁹¹ Esta también fue también la postura defendida por ROXIN, Claus, en «Anmerkung BGH, Urteil v. 12. 2. 2003 – 1 StR 403/02 (LG Nürnberg-Fürth) (Zu BGH 48 207)», en *Juristen Zeitung (JZ)*, 2003, pág. 966, donde afirma: «La solución consiste en que la falta de prevención, bien es cierto, es un concepto descriptivo en su ámbito interno, pero que como todos los conceptos jurídicos necesita en su ámbito externo una precisión normativa. Según esto la falta de prevención es imputable a aquel que ni ha contado con un ataque ni habría tenido que contar con él. Si él a consecuencia de su actuación previa antijurídica tuvo que esperar un ataque, entonces no se le concede la alta protección del § 211 [donde se regula el asesinato] [Die Lösung liegt darin, daß die ‘Arglosigkeit’ zwar ein in ihrem Kernbereich deskriptiver Begriff ist, daß sie aber wie alle Rechtsbegriffe im Randbereich normativer Präzisierung bedarf. Danach wird Arglosigkeit demjenigen zugeschrieben, der weder mit einem Angriff gerechnet hat noch damit hätte rechnen müssen. Mußte er infolge seines rechtswidrigen Vorverhaltens eines Angriffs gewärtig sein, wird ihm der erhöhte Schutz des § 211 StGB nicht zugebilligt]». Sin embargo su posición ha cambiado, como luego veremos, en el artículo más reciente «Zur normativen Einschränkung des Heimtückemerkmals beim Mord», ob. cit.

⁶⁹² GRÜNEWALD, Anette, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, ob. cit., pág. 386: «[Eine ‘heimtückische’ Tötung oder Mord scheidet aus, falls das Opfer dem Täter einen rechtlich beachtlichen, das Unrecht verringernden Anlass für die Tötung gegeben hat. In diesem Fall erfolgt die Tötung cum causa, weshalb die Tat als privilegierte vorsätzliche Tötung oder als Totschlag zu bewerten ist. Das Merkmal ‘Heimtücke’ und seine Basisdefinition des Ausnutzens einer Arg- und Wehrlosigkeit wird danach nicht mehr faktisch interpretiert (im Sinne von: war das Opfer tatsächlich arglos?), sondern normativ. Es ist zu fragen, ob das Opfer arglos sein durfte; und dies durfte es nicht, wenn es in unmittelbarem Zusammenhang mit der Tat (seiner Tötung) in den Rechtskreis des Täters eingebrochen ist]».

⁶⁹³ CÓRDOBA RODA, Juan, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 275: «[...] la desconfianza que despierta la riña, la provocación y la amenaza, constituyen nociones de una significación muy variada. Obsérvese así que la amenaza de irrogar un perjuicio económico o una reyerta de características leves no tiene porqué originar en el sujeto pasivo la suposición de que puede ser atacado con unos medios que harán peligrar su vida [...] [y además] en una situación de riña se pueden producir cambios significativos en el decurso de los hechos».

perspectiva jurídica —hasta el punto de que los hechos podrían ser constitutivos de un delito de lesiones o de tentativa de homicidio—, pero ese motivo carece de la suficiente relevancia jurídica, dada la distancia temporal de la agresión, para imponer a quien cometió la agresión el deber de estar —no se sabe bien hasta cuándo— prevenido⁶⁹⁴. La imposición de este deber supondría una condena a futuro de la víctima a estar permanentemente en guardia⁶⁹⁵, pero el ordenamiento jurídico no puede imponer este tipo de deber. Con objeto de salvar esta objeción podría sostenerse, como hace GRÜNEWALD, que la irrupción de la víctima en la esfera jurídica del autor debe ser inmediatamente anterior al hecho, es decir, que el motivo (jurídicamente relevante) que la víctima proporciona al autor ha de preceder de manera inmediata al delito cometido por este último. Y, sin embargo, seguirían existiendo importantes dificultades para admitir que todo motivo atendible jurídicamente e inmediato al delito origine un deber de estar prevenido. Porque si, por ejemplo, justo antes del hecho delictivo el autor recibe un insulto de la víctima, es evidente que ésta le dio un motivo con relevancia jurídica —puesto que el insulto podría generar una responsabilidad por un delito de injuria del artículo 208—, pero de nuevo este motivo carece de la importancia jurídica suficiente, dada la escasa gravedad del insulto, para imponer a quien lo realizó el deber de estar prevenido frente a un intento de acabar con su vida o afectar su integridad física⁶⁹⁶.

⁶⁹⁴ Como se expondrá a continuación, una de las dos excepciones admitidas por la jurisprudencia frente a la doctrina general la riña previa tiene lugar cuando el incidente ha concluido y se ha dado por terminado. De este modo la distancia temporal respecto al enfrentamiento supone su conclusión y que por tanto ya no existirá un deber de estar prevenido, pudiéndose admitir la alevosía.

⁶⁹⁵ CASTELLÓ NICÁS, Nuria, «El asesinato y sus circunstancias», ob. cit., págs. 20 y s.: «Exigir una especial cautela a la víctima, haciendo recaer sobre ella el peso de la responsabilidad sobre su persona, no es de recibo, ni puede invocarse tampoco que el amenazado, por su especial valentía y fortaleza psíquica, no tomó en serio la amenaza, como así debió hacerlo, para precaver un posible ataque lesivo a su vida, pues evidentemente una persona, por muchas amenazas de muerte que haya recibido, no puede estar *in vigilando* las veinticuatro horas del día, dado que un ataque alevoso puede tener lugar en cualquier momento, siendo absurdo, pues, atender a elementos de hecho de esta naturaleza que no guardan relación con lo que castiga el delito de asesinato: la muerte ejecutada de forma especialmente desaprobada desde el punto de vista jurídico-penal».

⁶⁹⁶ Esta constituye la segunda excepción del Tribunal Supremo a la doctrina de la riña previa; el deber de prever el ataque decae, pudiéndose apreciar alevosía, cuando existe un cambio cualitativo importante en el enfrentamiento pasándose, por ejemplo, de un riña sólo verbal a que uno de los contendientes saque un arma. Crítico con que a partir de una disputa verbal deba negarse la alevosía SCHMOLLER, Kurt, «Überlegungen zur Neubestimmung des Mordmerkmals „heimtückisch“», ob. cit., 1987, págs. 395 y s.: «Bien es cierto que puede convencer negar la alevosía en caso de una muerte espontánea a continuación de una fuerte disputa. Sin embargo esto parece dudoso si el motivo para ello consiste solamente en un intercambio precedente de palabras inamistosas [...] En todo caso no es acertada como regla general que la víctima ya sólo por un mero intercambio inamistoso de palabras esté advertido frente a un ataque contra su vida; porque no hay ninguna máxima de la experiencia acerca de que uno tenga que contar después de una disputa verbal por principio con un ataque mortal de su oponente [*Es mag zwar*

En segundo lugar, ciertamente podrían presentarse casos donde los motivos *en apariencia* contaran con el suficiente peso jurídico. Estoy pensando en supuestos de hecho similares al caso antes mencionado del extorsionador, en el que el motivo que la víctima proporcionaba al autor consistía en una extorsión acompañada de amenazas. No obstante, considero que incluso en estos casos seguiría siendo erróneo deducir un deber de prevención de la víctima. Porque si fuera correcto implicaría admitir que siempre que la víctima ofrece al autor un motivo (con la suficiente relevancia jurídica), está obligada a estar prevenida y se excluye la alevosía con independencia de cómo se ejecute el ataque. Bastará, entonces, que la víctima incurra en responsabilidad para negar la alevosía tanto si el autor la ataca de frente, como si la agresión es por sorpresa eliminando su defensa. Tomemos el ejemplo del caso del extorsionador: una vez que la víctima comete la extorsión y las amenazas resulta ya indiferente el modo como el autor ejecute el ataque; le saldrá “gratis” atacar, por ejemplo, por la espalda porque en ningún caso responderá por un asesinato alevoso. Sin embargo, la apreciación de la alevosía no puede depender de si la víctima ha dado o no motivos suficientes al autor, sino del modo en que se ejecuta el ataque; esos motivos bien pueden darse y a pesar de ello que concurra alevosía porque el autor ejecute el hecho de tal manera que sorprenda a la

einleuchten, bei einer spontan Tötung im Anschluß an einen heftigen Streit Heimtücke zu verneinen. Ob allerdings der Grund dafür allein im vorangegangenen feindschaftlichen Wortwechsel liegt, erscheint zweifelhaft [...] Jedenfalls trifft es als generelle Regel nicht zu, daß das Opfer schon durch einen bloßen feindschaftlichen Wortwechsel vor einem Angriff auf sein Leben gewarnt sei; denn es gibt keinen allgemeinen Erfahrungssatz, daß man nach einem verbalen Streit grundsätzlich mit einem Tötungsangriff des Streitpartners rechnen müsse]». Aplican el criterio jurisprudencial por ejemplo las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: STS 178/2013 de 29 de enero (Caso Marta del Castillo): «Ni la previa confrontación verbal que afirman los hechos, ni la circunstancia de que se encontraran frente a frente impide apreciar en este caso la alevosía, que efectivamente concurre en la acción desplegada por el recurrente, como a tenor de los hechos pasamos a comprobar. El automatismo interpretativo que tradicionalmente venía excluyendo la alevosía en casos de riña mutuamente aceptada hace años que quedó superado (vid. STS núm. 941/2003 y otras muchas posteriores). Con mayor motivo, cuando ni siquiera se trata de una ‘riña’ previa (término que la Real Academia de la Lengua Española define como ‘pendencia’), sino de una simple ‘discusión verbal’ desarrollada en términos que pudiéramos considerar normales, consustanciales a un simple enfrentamiento oral como el aquí descrito, puede entenderse desaparecido o encubierto el carácter sorpresivo de la acción en la que uno de los contendientes, de forma súbita, inopinada y desproporcionada, reacciona frente a su antagonista con una agresión inesperada que impide o anula toda capacidad de reacción o defensa por parte de este último (SSTS de 2 de junio de 2003 y 6 de febrero de 2004)»; STS 2268/2010 de 15 de marzo: «En este sentido las Sentencias de 23 de diciembre de 1998 y 12 de julio de 2002 compatibilizan la discusión previa y la violencia verbal con la alevosía cuando la víctima, tras una inicial discusión, no puede esperar racionalmente una actitud exasperada de la otra parte que vaya más allá de la confrontación verbal y se desliza hacia una agresión desproporcionada que coja de sorpresa al acometido. En este caso ambos conductores bajaron de sus vehículos discutiendo por un irrelevante incidente de tráfico. Es obvio que ni la levedad del motivo ni la confrontación verbal consiguiente hacían esperar un ataque como el sufrido sorpresivamente, que representa un salto cualitativo inesperado respecto a la discusión anterior y es compatible con la alevosía fundada en el carácter súbito e imprevisible de la puñalada mortal».

víctima eliminando su defensa⁶⁹⁷. Y al revés, que, pese a que falten los motivos, la alevosía se descarte porque el ataque se ejecutó cara a cara.

En tercer lugar, al margen de los concretos motivos que la víctima proporcionara al autor, la idea de un “deber de estar prevenido” resulta *en sí misma* rechazable⁶⁹⁸, debido a las consecuencias negativas inherentes a la admisión de un deber de este tipo respecto de a) la víctima, b) el autor y c) el Derecho penal.

En cuanto a la víctima, un deber de estar prevenido equivale a un deber de protegerse (por sí sola). Pero un deber de este tipo no es reconocido en nuestro ordenamiento jurídico; existe un derecho a defenderse (artículo 20.4: legítima defensa), pero en ningún caso un deber de hacerlo. Entre otras cosas, porque el Derecho penal nació de la negación de la justicia privada, en donde efectivamente la víctima, si quería obtener algún resarcimiento, estaba obligada a defenderse frente al ataque recibido⁶⁹⁹. El Derecho penal más que suponer un reconocimiento dicho deber es, en realidad, la manera de descargarnos de él⁷⁰⁰.

⁶⁹⁷ CASTELLÓ NICÁS, Nuria, «El asesinato y sus circunstancias», ob. cit., pág. 21: «[...] es normal que si se mata a alguien sea por algún motivo, lo que no elimina la posibilidad, en todo caso, de que se trate de un asesinato».

⁶⁹⁸ A pesar de haber defendido una postura a favor (véase nota 690), es también ahora crítico con la idea de un deber de prevención ROXIN, Claus, «Zur normativen Einschränkung des Heimtückemerkmals beim Mord», ob. cit., pág. 750, quien comenta el caso del extorsionador con las siguientes palabras: «De acuerdo con nuestra sentencia el autor queda libre de la pena de asesinato, porque la víctima atacada ‘de manera completamente sorpresiva’ —el extorsionador— habría tenido que contar con un ataque. Esto no convence, porque no es evidente porque esta circunstancia deba descargar al autor. El orden jurídico no manda que se sospeche, así que no puede comprenderse por qué el autor en un caso como el nuestro deba sacar provecho de la falta de sospecha real y psicológica. Esto sería una argumentación victimológica, que toma en consideración la posibilidad de defensa propia de la víctima, argumentación que precisamente en los delitos de homicidio no convence. Porque quien es completamente sorprendido necesita, siempre que no disminuyan su merecimiento de protección otras circunstancias, más protección que el desconfiado que toma la actitud adecuada ante un ataque. Que la sospecha habría sido adecuada, no puede sustituir a la falta de desconfianza real. Porque esto no cambia nada en la más grande falta de protección de la víctima [Unserem Urteil zufolge bleibt der Täter von der Mordstrafe verschont, weil das ‚völlig überraschend‘ angegriffene Opfer – der Erpresser – mit einem Angriff hätte rechnen müssen. Das überzeugt deshalb nicht, weil nicht ersichtlich ist, warum dieser Umstand den Täter entlassen sollte. Die Rechtsordnung gebietet ja keinen Argwohn, so dass nicht einzusehen ist, warum der Täter in einem Fall wie dem unseren aus seinem real-psychologischen Fehlen Nutzen ziehen sollte. Es wäre das eine viktimodogmatische, auf die Selbstschutzmöglichkeit des Opfers abstellende Argumentation, die gerade bei Tötungsdelikten nicht einleuchtet. Denn wer völlig überrascht wird, braucht, wenn nicht andere Umstände seine Schutzwürdigkeit verringern, mehr Schutz als der Misstrauische, der sich auf einen Angriff einstellt. Dass Argwohn zweckmäßig gewesen wäre, kann das tatsächlich fehlende Misstrauen nicht ersetzen. Denn es ändert nichts an der größeren Schutzlosigkeit des Opfers]».

⁶⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, ob. cit., pág. 181.

⁷⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., pág. 83. ROXIN, Claus, «Cuestiones básicas de la teoría del injusto», ob. cit., pág. 69.

En relación con el autor, la imposición de un deber de prevención a la víctima implica concederle un cierto margen (¿derecho?) para atacarla. Pues, en efecto, desde el momento en que el autor puede alegar que la víctima debió estar prevenida porque le dio motivos jurídicamente relevantes —sean unas coacciones, acaso un robo, una estafa, unos insultos, etc.— parece estar *en cierta medida* autorizado para quitar la vida humana o afectar la integridad física, en cuanto se asegura de que no recibirá toda la dureza del reproche penal como autor alevoso. Si la ampliación de la libertad del autor resulta criticable en general, lo es especialmente cuando se refiere a un ámbito penal —el de la alevosía— en donde los bienes protegidos son la vida humana y la integridad física.

En cuanto al Derecho penal, la idea de un deber de prevención supone un paso atrás en su función de protección. Con esta retirada se da inicio a una cadena de arreglos de responsabilidad entre autor y víctima de la que no se sabe muy bien hasta dónde habría de llegar. Pongamos de nuevo el ejemplo de nuestro caso del extorsionador: si el autor (el extorsionado) tiene permitido, para descargar su responsabilidad desde el asesinato al homicidio, alegar que la víctima (el extorsionador) debió estar prevenida frente a la agresión a causa de su extorsión y sus coacciones y amenazas, no se sabe muy bien por qué todo el asunto debería terminar ahí, y por qué razón no habría de permitirse a su vez que la víctima hubiera opuesto, para descargarse de responsabilidad, que el autor también debía haber estado prevenido respecto a la posibilidad de sufrir coacciones y amenazas debido a su dedicación a la venta ilegal de copias piratas. De modo que, reproduciendo de manera ampliada este esquema argumentativo, lo que nunca resultará demasiado claro es el momento en que deberá intervenir el Derecho penal para poner fin a esta *vendetta* entre partes⁷⁰¹. En lugar de este ajuste de cuentas privado, donde autor y víctima se adjudican y reparten recíprocamente responsabilidades, lo adecuado y conveniente desde la perspectiva (pública) jurídico-penal consiste en que la víctima responda no frente al autor sino al Derecho penal por los delitos que hubiera ocasionado su comportamiento previo —en el caso del extorsionador: extorsión, coacciones y amenazas— y en que el autor vea aminorada su

⁷⁰¹ Sin embargo, como ya he dicho, el Derecho penal vino a acabar con la venganza privada entre partes, venganza que ni siquiera podría considerarse superviviente en la legítima defensa, como institución jurídica autorizada por el Estado. Véase PAWLIK, Michael, «El funcionario policial como garante de impedir delitos», ob. cit., pág. 194. Díez RIPOLLÉS, José Luis, «La víctima del delito en la política criminal y el derecho penal», en *Política Criminal y Derecho Penal —Estudios—*, ob. cit., pág. 1138. ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, ob. cit., pág. 693.

responsabilidad no frente a la víctima sino al Derecho penal en función de las causas de justificación o exculpación presentes en su actuación⁷⁰² —en el caso del extorsionador: una legítima defensa incompleta—. En cambio, si se admitiera que la responsabilidad de la víctima excluye la ilicitud de la alevosía presente en la conducta del autor (descargando su responsabilidad de asesinato a homicidio), entonces se tendría que concluir que el legislador habría redactado el artículo 22.1 en lugar de en favor o para la protección de la víctima, en su perjuicio y carga. Este artículo no contendría una

⁷⁰² Así es legítima la postura de quienes descargan la responsabilidad del autor pero no porque exista un deber de prevención en la víctima, sino por causas (parcialmente) justificantes y exculpantes referidas al propio autor. Este es el caso de ROXIN, Claus, «Zur normativen Einschränkung des Heimtückemerkmals beim Mord», ob. cit., pág. 750: «El motivo para una aminoración del injusto y la culpabilidad que excluya la alevosía no debe ser encontrada en un estado psíquico conformado normativamente (la imputación de la prevención), sino en la situación del autor. En este contexto se muestra la indicación del Tribunal Federal [alemán] a la concordancia valorativa con la legítima defensa como parcialmente útil. Porque el acusado se encuentra, como el Tribunal federal correctamente reconoce, todavía en una situación de necesidad defensiva y obra, como tiene que ser supuesto en su favor, con el objetivo de su eliminación. Esto aminorar —porque persigue acabar con una situación antijurídica— el desvalor de acción de su obrar y justifica, también cuando se equivoca en los medios, negar a éste el carácter del comportamiento alevoso [Der Grund für eine die Heimtücke ausschließende Unrechts- und Schuldinderung sollte also nicht in einer normativ überformten psychischen Befindlichkeit des Opfers (der Zuschreibung von Argwohn), sondern in der Situation des Täters gefunden werden. In diesem Zusammenhang erweist sich der Hinweis des BGH auf den ‚Wertungsgleichklang mit dem Notwehrrecht‘ als partiell hilfreich. Denn der Angeklagte befand sich, wie der BGH richtig erkennt, noch in einer Notwehrlage und handelte, wie man zu seinen Gunsten unterstellen muss, mit dem Ziel ihrer Beseitigung. Das mindert – weil auf die Beendigung einer rechtswidrigen Situation gerichtet – den Handlungsunwert seines Tuns und rechtfertigt es, auch wenn er sich in seinen Mitteln vergriff, diesem den Charakter heimtückischen Verhaltens abzusprechen]». RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (I)», ob. cit., pág. 973: «La tesis de protección a la víctima del Tribunal Federal [alemán] podría sin embargo todavía ciertamente mantenerse, si uno acentúa la responsabilidad de la víctima y considera disminuido su merecimiento de protección acaso por su participación en un enfrentamiento, por tanto en conclusión amplia el elemento de la falta de prevención en una suerte de componente imprudente, que conduzca a aceptar que en estos casos la falta de prevención estaría ‘no fundamentada’ y por eso no sería digna de protección. Pero un tipo de asesinato dependiente en tal medida de la cuestión de si el autor ha aprovechado o no una falta de prevención ‘fundamentada’ debe rechazarse, porque ni acierta con lo esencial ni puede ser generalizado. Él traslada la cuestión de la delimitación demasiado del lado de la víctima y pasa por alto la actitud del autor (pág. 973) [...] La alevosía puede según esto en cierto sentido ser excluida a través de ‘contraindicaciones’ que se encuentran en el ámbito subjetivo [...] Tales ‘contraindicaciones’ (que hacen posible una interpretación restrictiva de la circunstancia de ‘alevosía’) se presentan —con esto basta para la presente aclaración— acaso en hechos afectivos, de desesperación y compasión, o, con otras palabras, en los casos del § 213 y en toda comprensible fuerte excitación de ánimo (pág. 972) [Die Opferschutz-These des BGH könnte man allerdings dann wohl noch aufrechterhalten, wenn man die Mitverantwortung des Opfers betont und dessen Schutzwürdigkeit etwa durch seine Beteiligung an der Auseinandersetzung für gemindert hält, im Ergebnis also das Merkmal der Arglosigkeit um eine Art Fahrlässigkeitskomponente erweitert, die zu der Annahme führt, in derartigen Fällen sei die Arglosigkeit des Opfers ‚unbegründet‘ und deshalb nicht schutzbedürftig. Eine solchermaßen von der Frage, ob der Täter ‚begründeter‘ Arglosigkeit ausgenutzt hat oder nicht, abhängiger Mordtatbestand ist aber abzulehnen, weil er weder das Wesentliche trifft noch verallgemeinert werden kann. Er verlagert die Abgrenzungsfrage zu sehr auf die Opferseite und vernachlässigt die Einstellung des Täters [...] Das Heimtückemerkmal kann demnach gewissermaßen durch im subjektiven Bereich liegende ‚Gegenindikationen‘ ausgeschlossen sein [...] Solche (die restriktive Interpretation des Merkmals ‚heimtückisch‘ ermöglichenden) ‚Gegenindikationen‘ sind – soviel genügt zur vorläufigen Verdeutlichung – etwa bei Affekt-, Verzweiflungs- und Mitleidstaten, oder,

salvaguarda para la víctima frente a la agresión del autor que elimina su defensa, sino la carga de no hacerse responsable de tal agresión. Sólo en la medida en que la víctima hubiera cumplido con su obligación de no proporcionar motivos relevantes jurídicamente al autor para que ataque su vida o su integridad física, sería aplicable el 22.1. En realidad, entonces, este artículo constituiría una garantía para autor de descargarse de la ilicitud de su comportamiento alevoso en aquellas ocasiones en que la víctima le hubiera dado motivos. Pero resulta difícil justificar que el artículo 22.1 está otorgando una garantía al autor e imponiendo una obligación a la víctima, porque de la literalidad de su texto únicamente se deduce la obligación del autor de no emplear modos, medios o formas que aseguren la ejecución eliminando la defensa⁷⁰³.

A la vista de las objeciones que pueden sostenerse contra la idea de un “deber de estar prevenido”, no tiene nada de extraño que el Tribunal Supremo haya rectificado en buena medida su doctrina acerca de la “riña previa”⁷⁰⁴. Esta rectificación se ha producido de dos maneras. La primera por la vía indirecta de admitir, junto a la alevosía sorpresiva genérica, la posibilidad de una alevosía sorpresiva sobrevenida. Esto significa que, a diferencia de lo que sostenía la doctrina de la “riña previa”, una disputa anterior no tiene por qué negar la presencia de alevosía sorpresiva, en la medida en que la sorpresa puede *sobrevenir* a la disputa. Así ocurre en las STS 3379/2011 de 13 de mayo y STS 3781/2011 de 23 de mayo⁷⁰⁵: «Dentro ya de la alevosía realizada por *mit anderen Worten, in den Fällen des § 213 und bei jeder begreiflichen heftigen Gemütsregung angezeigt*».

⁷⁰³ En sentido similar STS 347/2013 de 25 de enero: «Pues bien, en el *caso que se juzga*, al haber afirmado el Tribunal en el ‘factum’ que el acusado se abalanzó sobre Adoracion [sic] ‘*por la espalda, de forma súbita y sorpresiva*’, resulta incontestable que se está ante una alevosía sorpresiva con connotaciones también de proditoria, sin que quede desvirtuada tal subsunción por el argumento de la defensa. Pues el hecho de que hayan existido amenazas contra la víctima por parte del acusado en las fechas precedentes no puede obligar a Adoracion [sic] a vivir en una situación de alarma o defensa preventiva permanente en todo su quehacer diario, hipótesis que, aparte de imposible por impracticable, determinaría, a tenor de la extravagante tesis del recurrente, que la ilicitud implícita en la modalidad de la agravación alevosa desapareciera por el mero hecho de que la víctima no quisiera convivir con la pesada carga de estar sometida todo el día a una vigilia ininterrumpida que le permitiera prevenir y evitar el incierto ataque repentino del acusado».

⁷⁰⁴ STS 178/2013 de 29 de enero (Caso Marta del Castillo): «El automatismo interpretativo que tradicionalmente venía excluyendo la alevosía en casos de riña mutuamente aceptada hace años que quedó superado (vid. STS núm. 941/2003 y otras muchas posteriores)».

⁷⁰⁵ En los mismos términos salvo que no cita como precedentes las dos últimas sentencias entre paréntesis STS 3379/2011 de 13 de mayo. Otras sentencias en el mismo sentido son STS 3899/2012 de 11 de mayo: «En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión, es decir, la acción a traición, lo que suprime las posibilidades de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible (v. gr. cuando se ataca sin previo aviso). También reviste este carácter cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento previo, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser

sorpesa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino, que es la que se postula por la parte recurrente en este caso, la jurisprudencia de la Sala distingue los casos en que se ataca en el momento inicial sin previo aviso, de aquellos otros que también considera alevosos pero en los que la alevosía se tilda de sobrevenida por aparecer en una segunda fase de la ejecución del hecho delictivo. Esta última modalidad de *alevosía sobrevenida* tiene lugar cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada (SSTS 178/2001, de 13-2; 1214/2003, de 24-9; 949/2008, de 27-11; 965/2008, de 26-12; 25/2009, de 22-1; 93/2009, de 29-1; y 282/2009, de 10-2)».

En otras ocasiones el Tribunal Supremo ha escogido, en cambio, el camino directo de reconocer expresamente dos excepciones para su doctrina de la “riña previa” —otra más además de la del cambio cualitativo—, como en las STS 2039/2011 de 14 de abril, STS 5129/2011 de 28 de junio, STS 5144/2011 de 19 de julio y STS 7290/2011 de 2 noviembre STS 2039/2011 de 14 de abril y STS 5442/2014 de 26 de diciembre donde afirma: «Es cierto que hay una doctrina reiterada de esta Sala que considera incompatible con la alevosía la existencia de una situación de riña o disputa previa, pues

esperada por la víctima en modo alguno en función de las concretas circunstancias del hecho (STS núm. 714/2008, de 11 de noviembre)»; STS 3807/2012 de 22 de mayo: «Dentro ya de la alevosía realizada por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino, que es la que se postula por la parte recurrente en este caso, la jurisprudencia de la Sala distingue los casos en que se ataca en el momento inicial sin previo aviso, de aquellos otros que también considera alevosos pero en los que la alevosía se tilda de sobrevenida por aparecer en una segunda fase de la ejecución del hecho delictivo»; STS 4691/2012 de 20 de junio: «La jurisprudencia de esta Sala ha admitido una alevosía sobrevenida, que adquiere forma en el transcurso de una agresión en cuyo arranque, sin embargo, todavía el agresor no exterioriza su actitud ventajista. En efecto, dentro ya de la alevosía realizada por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino, numerosos precedentes distinguen los casos en que se ataca en el momento inicial sin previo aviso, de aquellos otros que también se consideran alevosos pero en los que la alevosía se tilda de sobrevenida por aparecer en una segunda fase de la ejecución del hecho delictivo. Esta última modalidad de alevosía sobrevenida tiene lugar cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada (SSTS 178/2001, 13 de febrero ; 1214/2003, 24 de septiembre ; 949/2008, 27 de noviembre; 965/2008, 26 de diciembre ; 25/2009, 22 de enero ; 93/2009, 29 de enero ; y 282/2009, 10 de febrero)».

tal situación hace que pueda esperarse el ataque constitutivo del delito (SSTS. 12.5.93, 10.6.94, 24.7.2000), pero tal doctrina, dice la STS. 24.4.2000, tiene una doble matización: 1ª. Que no exista un cambio cualitativo importante, pues puede haber alevosía cuando, por ejemplo, en una riña meramente verbal, de repente uno de los contendientes saca un arma de forma inesperada para matar o lesionar. 2ª. Que no haya cesado el incidente anterior, pues cuando éste se ha dado por terminado y después hay una agresión súbita puede concurrir esta agravante. Por ello es compatible la alevosía con una discusión previa, cuando uno de los contendientes no puede esperar racionalmente una actitud exasperada de la otra parte que vaya más allá de la confrontación verbal y se deslice hacia una agresión desproporcionada que coja de sorpresa al acometido (SSTS. 892/2007 de 29.10, 912/2009 de 23.9)»⁷⁰⁶.

En vista de las excepciones, uno puede preguntarse cuánto ha quedado en pie de la antigua doctrina jurisprudencial de la “riña previa” y del consiguiente “deber de estar prevenido”. Parece que bien poco, dado que las llamadas excepciones, más que a excepcionar la regla general, parecen estar destinadas a cerrar toda posibilidad de que pueda operar en forma alguna. Comenzando por la segunda excepción, si la eficacia de

⁷⁰⁶ En sentido parecido STS 3574/2011 de 4 de mayo: «Es cierto que la existencia de una discusión previa entre agresor y víctima, introduce, con carácter general, importantes matices, que han llevado a esta Sala a excluir la alevosía en no pocos supuestos, en la medida en que quien se incorpora a una riña asume la situación de riesgo y actúa prevenido frente a posibles agresiones (cfr. SSTS 1106/1993, 12 de mayo y 1222/1994, 10 de junio). Pero también hemos declarado en numerosas ocasiones (cfr. STS 1284/2009, 10 de diciembre) que esta agravación es perfectamente apreciable en los supuestos de riña previa cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento, se produce un cambio cualitativo en la situación (cfr. STS 683/2007, 17 de julio), sin que se pueda admitir que una vez surgida una discusión o riña, cualquier medio empleado para dirimir las diferencias, ya no puede ser calificado de alevoso (STS 941/2003, 30 de junio)»; STS 5289/2010 de 6 de noviembre: «En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión, es decir, la acción a traición, lo que tiende a suprimir la posibilidad de defensa, pues quien, confiado, no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso. Pero también reviste este carácter cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento, se produce, imprevisiblemente, un cambio cualitativo en la situación (STS nº 178/2001, de 13 de febrero, ya citada), de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno en función de las concretas circunstancias del hecho. (STS nº 1031/2003, de 8 de setiembre)»; STS 8848/2011 de 22 de diciembre: «Cuando, específicamente, la modalidad de alevosía que se discute es la denominada sorpresiva una doctrina reiterada de esta Sala considera incompatible con la alevosía la existencia de una situación de riña o disputa previa, pues tal situación hace que pueda esperarse el ataque constitutivo del delito. Pero esa riña previa no excluye la estimación de la agravante si: a) en el curso de la misma se produjo un cambio cualitativo relevante, bien en los procedimientos bien en los medios que, en la nueva situación, se emplean, y b) cuando la situación anterior ya había concluido, pues, en caso de solución de continuidad de la inicial disputa, la nueva situación hace que la agresión pueda considerarse sorpresiva»; STS 2230/2011 de 30 de marzo: «Es cierto, como apunta el Fiscal, que el carácter alevoso no puede eludirse en términos generales, simplemente: a) por el hecho de haber existido un discusión o enfrentamiento previo entre acusado y víctima, porque con posterioridad puede reiterarse de improviso el ataque».

la riña previa para excluir la alevosía no tiene aplicación cuando la disputa ha concluido y se ha dado por terminada, entonces parece que en ningún caso tendrá aplicación, pues por definición una riña sólo es *previa* si ha concluido y se ha dado por terminada. De modo que ya sólo a través de esta segunda excepción se resta toda eficacia a la riña previa, en cuanto que únicamente se admite la posibilidad de excluir la alevosía cuando la riña sea actual, es decir, cuando el incidente no ha cesado o se ha dado por terminado. En cuanto a la primera excepción vuelve a confirmar la irrelevancia de la riña. Pues la existencia de una primera acción de disputa (riña previa meramente verbal) no permite la negación de la alevosía cuando a esta la ha seguido una segunda acción (muerte o lesiones) que ha supuesto un salto cualitativo importante en el enfrentamiento. Esta segunda excepción además indica claramente que la apreciación de la alevosía sorpresiva no depende de que existiera un enfrentamiento y de, por tanto, un presunto deber de estar prevenido, y confirma que lo decisivo de esta modalidad siempre se encuentra en una ejecución que sorprende a la víctima anulando su capacidad de reacción. Porque el hecho de que la víctima, a causa de que existía un enfrentamiento previo, debiera prever (o incluso previera) el ataque no niega el carácter *sorpresivo* de la alevosía, cuando a pesar de ello a la víctima se la *sorprende*, mediante un salto cualitativo en el ataque, en la forma de ejecutar éste no dejándola ninguna posibilidad de reacción. De este modo, el cambio cualitativo permite afirmar la alevosía, a pesar de la disputa previa y de que la víctima pudiera esperar un ataque, debido a que ésta se ve sorprendida por una agresión desproporcionada que elimina su defensa, es decir, por el hecho de que el autor ejecute la agresión con «una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada», alteración que no da lugar a la víctima a defenderse. Así, siguiendo el ejemplo de la jurisprudencia, aunque en un cruce de insultos la víctima pudo prever el ataque e incluso quizá fuera así de hecho, el cambio cualitativo conduce a afirmar la alevosía porque el autor ejecuta la muerte o las lesiones de tal modo, sacando de repente una pistola y disparando, que sorprende a la víctima incapacitándola para responder al ataque.

Los supuestos de riña previa ofrecen la ocasión para terminar de precisar el concepto de lo sorpresivo en la alevosía. La sorpresa no debe interpretarse desde un punto psicológico, es decir, tomando en consideración si la víctima *de hecho* contó con

el ataque o en cambio la sorprendió. Tampoco es acertada la interpretación normativa, de acuerdo a la cual se niega la sorpresa cuando la víctima *debió* estar prevenida a causa de su participación (pasiva o activa) en un enfrentamiento. Cualquier de las dos interpretaciones pasa por alto que, a pesar de que la víctima cuente (psicológicamente) o deba contar (normativamente) con un ataque, este hecho no impide que siempre pueda verse sorprendida porque el autor utilice una concreta forma de ejecución que elimine su defensa. Lo correcto, por eso, es entender la sorpresa desde el punto de vista objetivo que ofrece la eliminación de las posibilidades de defensa; a la víctima, entonces, se la sorprende —y concurre por tanto alevosía sorpresiva— cuando la actuación del autor, desde una perspectiva objetiva, ha impedido su defensa.

4.3 La alevosía por desvalimiento

Esta última modalidad, al igual que la alevosía proditoria y la sorpresiva, se caracteriza por una situación de indefensión de la víctima. No obstante, se diferencia de las dos anteriores modalidades en que la indefensión —incumpléndose la definición legal de alevosía del 22.1— en lugar de ser causada por el autor mediante el empleo de medios, modos o formas, es preexistente a su actuación debido a la condición de la víctima de persona desvalida. La jurisprudencia reconoce que el desvalimiento puede ser de dos tipos: constitutivo o accidental⁷⁰⁷. Es constitutivo cuando se trata de personas

⁷⁰⁷ STS 2563/2010 de 14 de mayo: «También puede haber alevosía como consecuencia de la particular situación de la víctima, ya por tratarse de persona indefensa por su propia condición (niño, anciano, inválido, ciego, etc.), ya por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormida, drogada, sin conocimiento, anonadada, etc.); STS 2039/2011 de 14 de abril, STS 5129/2011 de 28 de junio, STS 5144/2011 de 19 de julio, STS 7290/2011 de 2 noviembre, STS 7689/2011 de 10 de noviembre, STS 5344/2012 de 11 de julio, STS 4775/2013 de 8 de octubre, STS 239/2014 de 29 de enero, STS 1465/2014 de 16 de abril, STS 2432/2014 de 10 de junio, STS 5083/2014 de 12 de diciembre, STS 5442/2014 de 26 de diciembre, STS 677/2015 de 25 de febrero, STS 824/2015 de 12 de marzo y STS 2446/2015 de 4 de mayo (también casi en los mismos términos STS 1286/2014 de 5 de marzo): «alevosía de desvalimiento, que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas invalidas, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormidas, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa)»; STS 3793/2011 de 3 de junio: «Y es asimismo doctrina de esta Sala que la esencia de la alevosía radica en la inexistencia de posibilidades de defensa por parte de la persona atacada (Cfr. Sentencia 713/2008, de 13 de noviembre) y que la consistente en el aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento supone que la víctima está indefensa por su propia condición (niños, ciegos, ancianos, o personas inválidas) o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormida, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa)»; STS 2268/2010 de 15 de marzo, STS 1867/2010 de 25 de marzo y 5913/2011 de 15 de julio: «La alevosía por desvalimiento, en la que el sujeto busca o se aprovecha de las personales características o de la especial situación en que se encuentra la víctima, muy disminuida en sus posibilidades de defensa (niños, ancianos, inválidos, persona dormida, sin conciencia, etc...)»; STS 5344/2012 de 11 de julio y STS 8430/2012 de 15 de noviembre: «alevosía de desvalimiento, que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo

que por su propia condición están indefensos, es decir, por ejemplo debido a su edad (temprana⁷⁰⁸ o avanzada), a una discapacidad (ceguera, invalidez, etc.) o a una enfermedad grave o terminal. El desvalimiento, en cambio, es accidental cuando la situación de indefensión es sólo una condición transitoria como en el caso de personas dormidas, inconscientes o sometidas a los efectos de alcohol o de las drogas.

A pesar de que algunos de los supuestos citados son reconducibles a la alevosía, en general debe rechazarse la postura jurisprudencial que admite que el desvalimiento constituya una modalidad alevosa. La razón se encuentra, como bien ha sabido ver la doctrina mayoritaria de nuestro país⁷⁰⁹, en la propia regulación legal de la circunstancia;

de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas invalidas, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormidas, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa)».

⁷⁰⁸ En cuanto al límite de edad de los menores para apreciar la alevosía véase STS 1286/2014 de 5 de marzo: «De otra parte, la acusación popular (Asociación Clara Campoamor) argumenta en sus alegaciones oponiéndose al recurso que se está ante un supuesto de alevosía por desvalimiento debido a la edad de los menores, y cita al respecto varias sentencias de esta Sala. Sin embargo, de las resoluciones que reseña en su escrito solo una de ellas se refiere a un menor de edad (SSTS [sic] 1804/2002), y se da la circunstancia de que tiene varios meses y no diez años, como los dos menores que aquí han sido víctimas de la agresión del acusado. [...] Cuando aplica la jurisprudencia la alevosía por desvalimiento en relación con niños, se refiere a menores de muy corta edad: 3 años (STS 772/2004, de 16-6); 14 meses (STS 978/2007, de 5-11); 3 meses (STS 657/2008, de 24-10 ; y 4 años (596/2006, de 28-4). Así pues, al tratarse aquí de dos menores de 10 años no cabe apreciar la alevosía por desvalimiento». STS 1114/2014 de 19 de marzo: «En cualquier caso conviene recordar que la doctrina de esta Sala califica ordinariamente como alevosa la muerte de recién nacidos, dada la absoluta indefensión en que se encuentran».

⁷⁰⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, ob. cit., pág. 47: «Según reiterada jurisprudencia, la muerte de niños, ancianos, impedidos, etc., debe estimarse siempre como alevosa y, por tanto, como asesinato [...] Este criterio es incompatible con el sentido literal de la definición legal transcrita, porque en estos casos el sujeto activo no emplea ‘en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla’, sino que se encuentra con una situación no provocada ni buscada por él. Por otra parte, tampoco hay en estos casos posible reacción defensiva por parte del ofendido, faltando con ello el segundo requisito objetivo de la alevosía». MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, ob. cit., pág. 634: «Por tratarse de una agravante referida a los procedimientos de comisión (‘medios, modos o formas en la ejecución’), en la doctrina se ha señalado la improcedencia de su estimación por el hecho de que el *sujeto pasivo* sea un niño o un ser indefenso constitucionalmente». PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 206: «A la doctrina dominante, que rechaza en estos casos [de desvalimiento] la apreciación de la alevosía, le asiste la razón en lo fundamental: si el autor ejecuta la muerte de un recién nacido o de una persona con el mismo grado de imposibilidad de defenderse no se puede de decir que aquél haya empleado medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa o especialmente a asegurarla sin riesgo para su persona procedente de una eventual defensa *de la víctima*». CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, ob. cit., págs. 696 y s.: «[...] el Tribunal Supremo considera que concurre alevosía siempre que se dé muerte o se causen lesiones a un niño, un anciano, un ciego o un inválido. Esta tesis, que llegó a hallar acogida en algunos de los modernos textos prelegislativos españoles, me parece insostenible, pues si el sujeto no ha elegido o utilizado los medios, modos o formas de ejecución con el fin de asegurarla e impedir los riesgos para su persona dimanantes de la posible defensa de la víctima cabrá aplicar la agravante de abuso de superioridad, pero no la de alevosía». CÓRDOBA RODA, Juan, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 274: «La jurisprudencia desde antiguo ha entendido que en los ataques efectuados a personas incapaces de defenderse, como los niños de corta, ciegos, ancianos debilitados y enfermos graves, debe aplicarse la circunstancia agravante de alevosía

si el artículo 22.1 exige que el autor emplee medios, modos o formas para eliminar la defensa, nada de esto ocurre en los casos de desvalimiento, donde la situación de indefensión se deriva de un estado constitutivo o accidental preexistente en la víctima. Igualmente el sector dominante de la doctrina alemana rechaza la alevosía en los casos de desvalimiento, por considerar que no basta la mera indefensión de la víctima, sino que ésta tiene que ser causada por el autor aprovechando su falta de prevención, y que, por tanto, sólo se puede coger desprevenido a aquel que es capaz de estar prevenido,

—sentencias de 18 de junio de 2007 y 29 de octubre de 2007—. La doctrina, en cambio, ha sido reacia a estimar sin más la circunstancia agravante de alevosía y ha acudido a aplicar la circunstancia agravante de abuso de superioridad. Por nuestra parte entendemos que existen fundadas razones para rechazar la aplicación de la agravante de alevosía. En primer lugar, porque el código concibe la alevosía como una circunstancia que agrava la responsabilidad en atención a los *medios ejecutivos interpuestos*, y no por el hecho de que la víctima, independientemente del medio utilizado, sea en sí misma indefensa. En segundo lugar, porque del propio texto legal se desprende que el medio es interpuesto por el agente a fin de evitar la defensa que *pueda* hacer el ofendido. Y, finalmente, porque la circunstancia de alevosía presupone, como ya antes se ha expuesto, el que el agente haya *querido* interponer un medio tendente al aseguramiento del resultado criminal, y en el ataque al menor *no pudo* el agente prescindir de esa cualidad por ser inherente al sujeto pasivo». GRACIA MARTÍN, Luis, en *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, ob. cit., págs. 108 y s.: «El Tribunal Supremo exige también generalmente ese elemento subjetivo, pero no es consecuente con su criterio cuando se trata de la muerte de personas que se encuentran en una situación de inferioridad, como niños, ancianos, inválidos, etc., pues en estos casos sin excepciones, considera que *siempre* concurre alevosía. Este criterio es rechazable y contrario a la definición legal de alevosía [...]». GÓMEZ RIVERO, Carmen, «Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal», ob. cit., pág. 41: «[...] conforme al texto de la Ley, en la alevosía dicha dinámica comisiva tiene que referirse a los medios de ataque, apreciándose en el resto de los casos, todo lo más, la circunstancia número 2 del artículo 22. Resulta así que en el diseño legal de la alevosía su injusto no reside en el mero dato de introducir elementos desequilibrio o desigualdad de fuerzas, sino en la consecución de ésta a partir del ejercicio —en el sentido de elección— de terminadas formas de acometimiento» y pág. 42: «Las dudas para reconducir tales casos [de desvalimiento] a dicha circunstancia [de alevosía] no provienen, por tanto, de la exigencia de que se reduzca la capacidad defensiva del agredido. Éstas surgen por la dificultad para afirmar que el autor ‘emplea’ medios o formas de ejecución tal como aquí se ha interpretado dicha exigencia, esto es, en el sentido de que su intervención ‘altere’ las condiciones ejecutivas que habrían concurrido de otra forma, manifestando, con ello, el resultado de una elección. Baste pensar que en estos supuestos ni siquiera existía una posibilidad previa de defensa de la víctima que el agresor tratara de anular». ANTÓN ONECA, José / RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *Derecho Penal, Tomo I, Parte General*, ob. cit., pág. 352: «La alevosía es concretada por la letra de la ley a la ejecución del delito, a haberlo realizado de un modo en vez de otro. No consiste en el estado o condición del sujeto pasivo. El Tribunal Supremo ha estimado, en cambio, que el dar muerte a un niño implica alevosía. También en la del anciano, la del ciego o semiciego o de persona enferma o agotada de energías; si bien en la mayoría de los casos la inferioridad personal de la víctima ha sido valorada en unión de otros datos referentes al modo de ejecución. Cuando la ventaja del agresor reside, no en los medios empleados, sino en la inferioridad de la víctima, se debiera apreciar otra agravante: el abuso de superioridad. Sin duda ha parecido a nuestros tribunales poca agravación la que procura ésta y han buscado los efectos calificativos de la alevosía, ya que el hecho de matar a un niño es valorado como acto gravísimo por todo el mundo, y para alcanzar esta apreciación ética no han vacilado en adoptar una interpretación extensiva». CAMARGO HERNÁNDEZ, Cesar, *La alevosía*, ob. cit., pág. 68: «[...] creemos que el mero hecho de que la víctima del delito sea un niño [lo que hace extensivo a otros supuestos como la ceguera] no puede ser apreciada la concurrencia de esta agravante. Es indudable que se dan los dos requisitos de aseguramiento e indefensión (piénsese en el caso de que la víctima sea un niño de tres o cuatro meses); pero dada la naturaleza de esta agravante, esto no es suficiente; ambas circunstancias han de ser intencionalmente buscadas o aprovechadas por el agente para que pueda ser apreciada la alevosía». ÁLVAREZ GARCÍA, Javier, «Artículo 10.1», ob. cit., pág. 72: «Según la doctrina del Tribunal

cosa que no ocurre con los desvalidos⁷¹⁰. Pero además, la misma jurisprudencia española debería reconocer el carácter no alevoso de los casos de desvalimiento si aplicara el mismo requisito de no inherencia que aplica en la apreciación de una circunstancia agravante estrechamente emparentada con la alevosía, el abuso de superioridad: «La superioridad de la que se abusa no ha de ser inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque, por las circunstancias concretas, el delito

Supremo, es en todo caso alevosa la muerte dada a quien se hallare privado de razón o de sentido por cualquier causa, al gravemente enfermo o al ebrio en fase comatosa o letárgica (Sentencia de 14 de febrero de 1987); a idéntica conclusión llega la Jurisprudencia en el caso de que la agresión o ataque se haga a una persona que esté durmiendo (Sentencia del 31 de enero de 1985), o cuando el sujeto pasivo sea un niño de corta edad (véanse Sentencias de 18 de marzo de 1978, 31 de mayo de 1982, 17 y 21 de diciembre de 1984, 31 de enero y 21 de octubre de 1985 y 18 de marzo de 1988). [...] Desde mi punto de vista, sin embargo, tales criterios no pueden ser acogidos, y ello por los siguientes motivos: 1. Porque la presente circunstancia agrava en razón a los medios comisivos empleados, no porque el ofendido sea *per se* indefenso. 2. Porque frente a determinados seres, piénsese en los tetrapléjicos o en personas cuya vida está en fase terminal y cuya existencia se desarrolla en una unidad de cuidados intensivos, cualquier modalidad ejecutiva ideada por el culpable no hubiera podido evitar la indefensión de la víctima. 3. Porque implicaría prescindir del elemento subjetivo presente en la agravante [...]». ALTÉS MARTÍ, Miguel Angel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 280 y s.: «[...] los términos ‘medios, modos o formas’ empleados por el código, hacen referencia la delito, a ‘como’ [sic] se comete éste, o lo que es lo mismo, de qué forma lo realiza. Esto supone por tanto una actividad del autor con una finalidad concreta, la de prevalerse de la posible defensa del ofendido, de ahí que si el ofendido no puede defenderse, no serán necesarios ni medios, ni modos ni formas encaminados a tal finalidad y por tanto no existirá alevosía, pues ésta sin una situación de indefensión a consecuencia de tales medios no constituye agravante alguna, por muy reprochable que sea. El código no dice que existe la alevosía cuando se ataca a una persona indefensa, sino cuando se busca esa indefensión por determinados procedimientos». MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 136: «al concretarse la alevosía, desde el punto de vista objetivo, a los medios, modos y formas de ejecución y a los fines de aseguramiento de ésta y de evitar el riesgo que para el agresor proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido, no puede concurrir aquélla cuando no son los medios o las formas comisivas, sino la condición de ella víctima, lo que determina el aseguramiento del hecho y la indefensión de ésta». DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «La alevosía en el Código Penal de 1995», ob. cit., págs. 292 y s.: «Ello no quiere decir que pueda compartir la apreciación de la circunstancia, de forma semiautomática, como lo ha hecho el Tribunal Supremo, para todos los casos de muertes o lesiones a niños, ancianos o personas inválidas. Porque, como vienen señalando desde siempre un sector de la doctrina, si el sujeto no ha utilizado o empleado en la ejecución los medios, modos o formas necesarios para asegurarla, sino que se ha encontrado con una situación de indefensión preexistente que hacía innecesaria la selección de tales medios, no se dan los requisitos exigidos por el texto legal del art. 22.1º del Código penal para su apreciación; porque, además, requisito consustancial, implícito en la alevosía lo es el que la víctima esté, antes de iniciarse el ataque, en condiciones de poder defenderse de éste». ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, ob. cit., pág. 71: «Esta interpretación jurisprudencial en los supuestos de desvalimiento ha sido rechazada, con razón, por la doctrina, al ser contraria al fundamento mismo de la alevosía, salvo, lógicamente, cuando esta situación ha sido aprovechada, provocada o buscada por el sujeto activo». PUENTE SEGURA, Leopoldo, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, ob. cit., pág. 455: «La doctrina científica, sin embargo, no se ha manifestado partidaria incondicionalmente de esta tesis (ANTÓN ONECA, CÓRDOBA RODA, RODRÍGUEZ DEVEESA o MIR PUIG), entendiendo que, precisamente, por el hecho de tratarse de víctimas constitucionalmente indefensas no es necesario ni posible utilizar especiales medios aseguratorios de la ejecución evitando toda defensa, remitiendo, en general, el tratamiento de estos supuestos a la circunstancia agravante de abuso de superioridad». En contra de la postura mayoritaria consideran al desvalimiento una modalidad alevosa: PUIG PEÑA, Federico, «Alevosía», ob. cit., pág. 562:

necesariamente tuviera que realizarse así»⁷¹¹. La aplicación de este criterio a muchos de los casos de desvalimiento debería conducir a rechazar la alevosía por razones de inherencia; cuando por circunstancias concretas (: se quiere atacar a una cierta persona concreta que además casualmente es desvalida) el delito necesariamente tiene que realizarse frente a una persona que no puede defenderse; así no se puede elegir que el niño ya esté crecido, que el anciano deje de tener una avanzada edad, que el

«La eliminación del riesgo de reacción por parte del agredido puede tener lugar de las siguientes maneras: a) Por la especial condición del sujeto pasivo [incluyendo niños, ancianos, ciegos, mortalmente enfermos, inválidos o totalmente impedidos]»; JIMÉNEZ ASEÑO, Enrique, «El elemento psicológico en la alevosía», ob. cit., pág. 460: «La doctrina jurisprudencial ha venido fijado concretamente una serie de casos en que tales elementos [de la alevosía] se dan [...]: 1.º Casos de indefensión natural. —Son éstos, todos aquellos supuestos en que la víctima no podía materialmente defenderse, por su condiciones manifiestas de inferioridad fisiológica o física. A ellas se refieren las resoluciones del Tribunal Supremos, en que viene reiteradamente declarando que es siempre alevosa la muerte de un niño (S. de 28 de marzo de 1916), contra la opinión teórica adversa, que erróneamente estima que concurre el abuso de superioridad».

⁷¹⁰ *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch* §§ 185-262, ob. cit., SCHNEIDER § 211 nm. 133, pág. 418: «La falta de prevención conceptualmente puede ser solamente aprovechada frente a una persona que pudiera hacer frente al ataque a su vida en caso de que él no se hubiera creído seguro a causa del comportamiento alevoso del autor o hubiera sido sorprendido por lo repentino del ataque. Presupuesto la falta de prevención es por tanto la capacidad de estar prevenido [sospechar]. La víctima tiene que estar según esto físicamente en condiciones de percibir el ataque que le amenaza como desencadenante de posibles actividades de defensa. Si falta esto, se excluye de acuerdo a la idea reguladora que subyace a ésta la circunstancia de alevosía; porque a una víctima incapaz físicamente de estar prevenida [sospechar] no se le pueden quitar las posibilidades de autoprotección, de las cuales en principio dispone en una situación una persona desconfiada a la vista de las concretas circunstancias del hecho [*Die Arglosigkeit kann begrifflich nur einem solchen Menschen gegenüber ausgenutzt werden, der dem Angriff auf sein Leben entgegentreten könnte, falls er nicht durch das tückische Verhalten des Täters in Sicherheit gewiegt oder durch die Plötzlichkeit des Anschlags überrascht worden wäre. Voraussetzung der Arglosigkeit ist deshalb die Fähigkeit zum Argwohn. Das Opfer muss danach physisch in der Lage sein, den ihm drohenden Angriff als Auslöser möglicher Verteidigungsaktivitäten wahrzunehmen. Mangelt es hieran, scheidet das Mordmerkmal der Heimtücke nach der ihm zugrunde liegenden Regelungsidee; denn dem zum Argwohn physisch unfähigen Opfer können Selbstschutzmöglichkeiten, über die ein situativ misstrauischer Mensch in Ansehung der näheren Tatumstände grundsätzlich verfügt, nicht entzogen werden*]. Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar*, ob. cit., ESER/STERNBERG-LIEBEN § 211, nm. 25c, pág. 2042: «Además se niega de manera limitativa la alevosía allí donde la víctima está constitutivamente falta de prevención e indefensa (niños pequeños, inconscientes) y por eso no pueden ni reconocer la mala intención del autor ni oponerse realmente a éste [*Ferner wird einschränkend Heimtücke dort verneint, wo das Opfer konstitutionell arg- und wehrlos ist (Kleinkinder, Besinnungslose) und daher weder die böse Absicht des Täters erkennen noch diesem wirksam entgegentreten kann*]». KÜPER, Wilfried, *Strafrecht. Besonderer Teil. Definitionen mit Erläuterungen*, ob. cit., pág. 185: «En principio es reconocido que la ‘falta de prevención’ de la víctima presupone su ‘capacidad para estar prevenida [sospechar]’: La víctima según esto tiene que en general estar en condiciones psíquicas para percibir —al comienzo de la acción de matar [...]— el ataque peligroso y reaccionar al peligro reconocido con una alta disposición defensiva [...] A la víctima incapaz de antemano psíquicamente para ‘estar prevenida [sospechar]’ no le pueden ser quitadas sus posibilidades de reacción y defensa, de las cuales en otro caso una víctima desconfiada dispone, ¡porque a ella de todas maneras tales posibilidades le faltan a consecuencia de su elemental incapacidad para estar prevenida! [*Im Prinzip ist anerkannt, daß die ‚Arglosigkeit‘ des Opfers dessen ‚Fähigkeit zum Argwohn‘ voraussetzt: Das Opfer muß danach psychisch überhaupt imstande sein, den gefährlichen Angriff – bei Beginn der Tötungshandlung [...] – wahrzunehmen und auf die erkannte Gefahr mit erhöhter Abwehrbereitschaft zu reagieren [...] Dem zum ‚Argwohn‘ psychisch von vornherein unfähigen Opfer können nicht die Abwehr-*

discapacitado posea la capacidad que no tiene o que el enfermo grave o terminal recupere su estado de salud.

El rechazo del desvalimiento como modalidad alevosa de la postura mayoritaria española y alemana concuerda con la fundamentación que he propuesto para la alevosía. Aunque pienso con nuestra jurisprudencia que el fundamento de la alevosía gira en torno a la idea de indefensión, estoy en desacuerdo con ella en que la situación de indefensión de la víctima sea suficiente con independencia de su origen para apreciar la alevosía, puesto que esta interpretación contradice de manera frontal la regulación legal de la alevosía, que clara y literalmente exige del autor el empleo de medios, modos o formas que causen la indefensión. El auténtico fundamento de la alevosía está relacionado ciertamente con la noción de indefensión pero originada, de acuerdo al concepto legal de la alevosía, por el autor, ya que consiste en *eliminar la posibilidad de ejercer el derecho a la legítima defensa que legalmente corresponde a la víctima*, y esa eliminación sólo puede tener lugar mediante el concurso activo del autor (empleo de medios, modos o formas). Ahora bien, si la alevosía se fundamenta en la eliminación de la posibilidad de ejercer la legítima defensa, entonces los casos de desvalimiento no son supuestos de alevosía, porque en ellos no tiene lugar dicha eliminación, y en cambio ocurre que la víctima ya está de por sí imposibilitada para ejercer el derecho de defensa. Es decir, no es la actuación del autor —empleando medios, modos o formas— la que impide a la víctima ejercer su derecho a defenderse, sino su propia condición de persona desvalida. El autor en nada afecta o perjudica el derecho de defensa de la víctima, simplemente sucede que el desvalido es incapaz por sí mismo de ejercer este derecho. Esto no quiere decir que los ataques a los desvalidos no merezcan de ningún modo ser desvalorados por parte del Derecho penal. Pero, en cambio, sí significa que su desvalor

und Verteidigungschancen entzogen werden, über die ein mißtrauisches Opfer sonst verfügt, weil ihm solche Chancen infolge der elementaren Unfähigkeit zum Argwohn ohnehin fehlen!]». En cambio en contra GÖSSEL, Karl Heinz / DÖLLING, Dieter, *Strafrecht. Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte*, ob. cit., pág. 87 (§4 nm. 100): «[...] hay que partir de que evidentemente y sobre todo está desprevenido quien todavía no *puede* en absoluto temer nada: niños pequeños, personas sin consciencia y durmientes están siempre desprevenidos —pero sólo con esto no están en ningún caso asegurado que por eso también a ellos se les pueda matar de manera alevosa (sobre ello decide entre otras cosas la nota del aprovechamiento) [...] *ist davon auszugehen, daß selbstverständlich und erst Recht ohne Arg ist, wer noch gar nichts befürchten kann: Kleinstkinder, Besinnungslose und Schläfer sind stets arglos – allein damit aber steht keinesfalls bereits fest, daß sie deshalb auch in heimtückischer Weise getötet werden können (darüber entscheidet u.a. das Merkmal des Ausnutzens)*]]».

⁷¹¹ STS 2036/2011 de 11 de marzo. Véase también STS 8065/2011 de 15 de noviembre y STS 8307/2011 de 22 de noviembre.

difiere del de los supuestos alevosos, porque a diferencia de éstos en los casos de desvalimiento el autor no impide a la víctima ejercer su derecho a defenderse, sino que meramente se aprovecha de su intrínseca imposibilidad para ejercerlo⁷¹².

Este distinto desvalor en realidad fue reconocido por los proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 que admitían como una modalidad de asesinato, diversa a la alevosa, el que el hecho se ejecutase «sobre persona absolutamente indefensa». Sin embargo, esta modalidad se descartó y no pasó a formar parte del Código penal de 1995. De ahí que la doctrina, a mi juicio con buen criterio⁷¹³, no le quedara otro remedio que reconducir el desvalor de los supuestos de desvalimiento a la circunstancia de abuso de superioridad⁷¹⁴. Con buen criterio, porque la circunstancia de abuso no requiere que

⁷¹² CARRARA, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte Especial*, Vol. I, ob. cit., pág. 175, cuyo razonamiento es aplicable a pesar de no referirse en concreto al caso de los desvalidos: «[...] la superioridad sobre el muerto de la cual abusa el matador sin habérsela procurado deliberadamente es un *accidens* del delito instantáneo que no merece tanto rigor. Será cierto que, *de hecho*, la víctima habrá tenido frente a aquel enemigo menos medios para encontrar salvación en la defensa privada; pero este estado de hecho, no habiendo sido preparado por el matador, que sólo se aprovechó de él en el ímpetu de la cólera, no puede aumentar tanto su responsabilidad». No obstante, PUIG PEÑA, Federico, «Alevosía», ob. cit., pág. 559, considera que el carácter reprochable del comportamiento alevoso se presenta en su máxima intensidad en los casos de desvalimiento: «[...] La alevosía] revela siempre la máxima perfidia, como se dice en otra sentencia, lo que justifica una especial agravación por razón de una mayor culpabilidad. Esta perfidia se manifiesta, sobre todo, en el ataque a la víctima totalmente indefensa, como el niño, el ciego, el durmiente o persona mortalmente herida, pues que aquí no es sólo la eliminación del riesgo lo que merece destacarse, sino la abyección que suponen el dar muerte a esos seres indefensos. La conciencia de las gentes se subleva en condiciones de máxima indignación y la agravación de la pena se justifica en todos los sentidos».

⁷¹³ Incluso la jurisprudencia reconoce (citando a la STS de 1 de junio de 2006) que la modalidad de desvalimiento roza el abuso de superioridad, aunque luego afirme que el Tribunal Supremo ha ido paulatinamente estableciendo la diferencia: STS 2901/2010 de 27 de abril: «En concreto, en la STS de 1 de Junio de 2006 decíamos: ‘Hemos declarado reiteradamente que la alevosía tiene su núcleo esencial en la anulación de las posibilidades de defensa de la víctima. En su explicación hemos distinguido distintas modalidades de alevosía, la proditoria o a traición, la alevosa o sorpresiva y el aprovechamiento de situaciones de desvalimiento que roza el abuso de superioridad y respecto al que la diferenciación clara se perfila poco a poco en los pronunciamientos jurisprudenciales»; STS 7285/2011 de 17 de noviembre: «Pues como ya dijera, entre tantas otras semejantes, la STS de 1 de Junio de 2006: ‘Hemos declarado reiteradamente que la alevosía tiene su núcleo esencial en la anulación de las posibilidades de defensa de la víctima. En su explicación hemos distinguido distintas modalidades de alevosía, la proditoria o a traición, la alevosa o sorpresiva y el aprovechamiento de situaciones de desvalimiento que roza el abuso de superioridad y respecto al que la diferenciación clara se perfila poco a poco en los pronunciamientos jurisprudenciales [...]»; STS 4299/2013 de 16 de julio (y prácticamente en los mismo términos STS 5681/2013 de 27 de noviembre): «De acuerdo a nuestra [sic] jurisprudencia, por todas la STS de 1 de Junio de 2006, la alevosía tiene su núcleo esencial en la anulación de las posibilidades de defensa de la víctima. En su explicación hemos distinguido distintas modalidades de alevosía, la proditoria o a traición, la alevosa o sorpresiva y el aprovechamiento de situaciones de desvalimiento que roza el abuso de superioridad y respecto al que la diferenciación clara se perfila poco a poco en los pronunciamientos jurisprudenciales».

⁷¹⁴ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pág. 490: «Así, la jurisprudencia ha estimado frecuentemente que la muerte de un niño es siempre alevosa (calificándola, por tanto, como asesinato, art. 139 Cp.), cuando en realidad, si sólo existe la inferioridad propia de la edad —sin interposición de medios alevosos—, debe acudirse a la circunstancia de abuso de superioridad». CEREZO MIR, José, *Derecho*

la situación de superioridad haya sido provocada por el autor, sino que, como afirma la jurisprudencia, dicha situación puede derivarse “de cualquier circunstancia”⁷¹⁵, es decir, del empleo de medios por parte del autor o bien de cualquier otra fuente, con lo que aquí pueden verse incluidos los casos de desvalidos donde la situación de indefensión preexiste y no es causada por el autor. A pesar de ello, han existido siempre ciertas dificultades para equiparar el desvalimiento al abuso de superioridad. En primer lugar, porque una situación de superioridad no se identifica plenamente con una situación de

Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito, ob. cit., págs. 696 y s.: «[...] el Tribunal Supremo considera que concurre alevosía siempre que se dé muerte o se causen lesiones a un niño, un anciano, un ciego o un inválido. Esta tesis, que llegó a hallar acogida en algunos de los modernos textos prelegislativos españoles, me parece insostenible, pues si el sujeto no ha elegido o utilizado los medios, modos o formas de ejecución con el fin de asegurarla e impedir los riesgos para su persona dimanantes de la posible defensa de la víctima cabrá aplicar la agravante de abuso de superioridad, pero no la de alevosía». PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 209: «En todo caso, el abuso de superioridad no se encuentra sometido a requisitos tan rigurosos como los de la alevosía, por lo que también es posible apreciarlo en supuestos en los que ésta haya de quedar excluida, como sucede en algunos de los supuestos ya mencionados de ataques a la vida de personas constitucional o circunstancialmente indefensas (de esta opinión entre otros muchos ANTÓN ONECA, CÓRDOBA RODA, CEREZO MIR)». ANTÓN ONECA, José / RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *Derecho Penal, Tomo I, Parte General*, ob. cit., pág. 352: «La alevosía es concretada por la letra de la ley a la ejecución del delito, a haberlo realizado de un modo en vez de otro. No consiste en el estado o condición del sujeto pasivo. El Tribunal Supremo ha estimado, en cambio, que el dar muerte a un niño implica alevosía. También en la del anciano, la del ciego o semiciego o de persona enferma o agotada de energías; si bien en la mayoría de los casos la inferioridad personal de la víctima ha sido valorada en unión de otros datos referentes al modo de ejecución. Cuando la ventaja del agresor reside, no en los medios empleados, sino en la inferioridad de la víctima, se debiera apreciar otra agravante: el abuso de superioridad. Sin duda ha parecido a nuestros tribunales poca agravación la que procura ésta y han buscado los efectos calificativos de la alevosía, ya que el hecho de matar a un niño es valorado como acto gravísimo por todo el mundo, y para alcanzar esta apreciación ética no han vacilado en adoptar una interpretación extensiva». CÓRDOBA RODA, Juan, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 278: «Una consideración particular merece el supuesto de la agresión producida contra personas que no están en situación de defenderse, tales como niños de corta edad, ancianos, ciegos y enfermos graves. La jurisprudencia considera que en tales casos es de aplicación la circunstancia agravante de alevosía. Por nuestra parte, al examinar dicha cuestión en el comentario de la circunstancia primera del art. 22 nos inclinamos a rechazar la aplicación de la agravante de alevosía [...] Sí que, en cambio, concurrirá un abuso de superioridad que deberá dar lugar a la aplicación de la circunstancia segunda del art. 22». MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., págs. 136 y s.: «Si la situación de ventaja para el agresor no radica en los medios, modos o formas de ejecución, sino en las propias circunstancias naturales de la víctima, determinantes de su inferioridad, parece más adecuada, salvo casos de excepción, la apreciación de la agravante de abuso de superioridad, que presupone justamente un desequilibrio de fuerzas o situaciones entre el sujeto activo y el pasivo en favor de aquél, que de ello se prevalece con conciencia y con la intencionalidad necesarias». DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «La alevosía en el Código Penal de 1995», ob. cit., págs. 292 y s.: «[...] si el sujeto no ha utilizado o empleado en la ejecución los medios, modos o formas necesarios para asegurarla, sino que se ha encontrado con una situación de indefensión preexistente que hacía innecesaria la selección de tales medios, no se dan los requisitos exigidos por el texto legal del art. 22.1º del Código penal para su apreciación [...] En todos estos supuestos, como ha señalado la misma doctrina, lo más que podrá ser de aplicación es la agravante de abuso de superioridad (art. 22.1º)». PUENTE SEGURA, Leopoldo, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, ob. cit., pág. 455: «La doctrina científica, sin embargo, no se ha manifestado partidaria incondicionalmente de esta tesis (ANTÓN ONECA, CÓRDOBA RODA, RODRÍGUEZ DEVESA o MIR PUIG), entendiendo que, precisamente, por el hecho de tratarse de víctimas constitucionalmente indefensas no es necesario ni posible utilizar especiales

indefensión; la superioridad, como indica el Tribunal Supremo, consiste en «un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido», pero en los casos de desvalimiento no se trata de que las fuerzas estén desequilibradas en favor del autor, sino de la imposibilidad de la víctima de oponer fuerza alguna defensiva⁷¹⁶. En segundo lugar, y en conexión con lo anterior, porque en el abuso todavía subsisten aunque disminuidas posibilidades de defensa —según la jurisprudencia la situación de superioridad debe producir «una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas»— mientras los

medios aseguratorios de la ejecución evitando toda defensa, remitiendo, en general, el tratamiento de estos supuestos a la circunstancia agravante de abuso de superioridad». En cambio, en contra, MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, ob. cit., pág. 612: «Por tratarse de una agravante referida a los procedimientos de comisión ('medios, modos o formas de ejecución'), en la doctrina se ha señalado la improcedencia de su estimación por el hecho de que el sujeto pasivo sea un niño o un ser indefenso constitucionalmente [...] Según algunos autores, debería aplicarse en estos casos la agravante de abuso de superioridad (actual art. 22.2ª), pero, como se verá, el TS requiere que esta otra circunstancia suponga no sólo una objetiva desigualdad, sino además un abuso de ella, y frente a los sujetos inevitablemente desprotegidos como los mencionados no cabe evitar la desigualdad». Comparte esta misma posición CASTELLÓ NICÁS, Nuria, «El asesinato y sus circunstancias», ob. cit., pág. 16: «En conclusión, el estado desamparado de la víctima no ha de predeterminar la calificación del hecho como alevoso. Sobre la aplicación de la agravante de abuso de superioridad en estas hipótesis, apuntar la negativa a tal posibilidad, pues el abuso de superioridad es una alevosía de segundo grado o menor, debiendo concurrir en ella también, al igual que en la alevosía, un elemento subjetivo consistente en conocer la situación de desequilibrio de fuerzas y aprovecharse de ella para una más fácil realización del delito».

⁷¹⁵ En cuanto a los requisitos del abuso véase entre otras muchas por ejemplo STS 917/2010 de 28 de enero (casi en los mismos términos STS 6345/2012 de 25 de septiembre, STS 7907/2012 de 28 de noviembre, STS 8931/2012 de 3 de diciembre, 7840/2012 de 4 de diciembre y STS 8288/2012 de 5 de diciembre): «Como hemos dicho en nuestra Sentencia 790/2007, de 8 de octubre, esta circunstancia agravante de abuso de superioridad exige para su apreciación los siguientes requisitos, según la doctrina de esta Sala (SS. 5-6-1995, 27-4-1996, 7-2-1997, 21-3-2000 y 1274/2003, de 7 de octubre, entre otras muchas): 1º Que haya una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia, bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial o instrumental), bien del hecho de que concurra una pluralidad de atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación (superioridad personal). 2º Esa superioridad ha de ser tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía, que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando. Por eso, la jurisprudencia mencionada viene considerando a esta agravante como una 'alevosía menor' o de 'segundo grado'. 3º A tales dos elementos objetivos, hemos de añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que haya abuso de esa superioridad, esto es, que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para una más fácil realización del delito. 4º Que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque el delito necesariamente tuviera que realizarse así». En la doctrina, ARIAS EIBE, José Manuel, «La alevosía de segundo grado o abuso de superioridad como circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal. Estudio jurídico penal y jurisprudencial», ob. cit., pág. 27: «La situación propiciadora del reconocimiento de la circunstancia agravante de abuso de superioridad es aquélla [sic] en la que concurre una notoria o notable desproporción o desequilibrio de fuerzas —físicas, psíquicas, anímicas, desequilibrio circunstancial o de otra especie— entre el sujeto activo y el pasivo, o por mejor decir entre el ataque ofensivo y los medios defensivos, situación conocida y querida por el sujeto activo [...]».

⁷¹⁶ Así por ejemplo la STS 4588/2012 de 15 de junio: «La situación asimétrica de capacidades en que se encontraban los acusados y la víctima no es suficiente por sí sola para dar por satisfechas las exigencias que para tal agravación requiere el artículo 22.1ª del Código Penal».

desvalidos —piénsese en una víctima en coma— no disponen de posibilidad de defensa alguna⁷¹⁷.

Esto demuestra que el desvalimiento es un supuesto diverso tanto de la alevosía como del abuso de superioridad, y que *conceptualmente* no resulta correcto ni incluirlo dentro la *alevosía* (criterio de la jurisprudencia) ni subsumirlo en el abuso de superioridad (criterio de la doctrina), aunque esta última, *a nivel práctico y a falta de otra alternativa*, sea la mejor solución. La diferencia conceptual existente entre los tres supuestos puede ser mostrada de forma fructífera conforme al fundamento de la alevosía consistente en la eliminación del derecho de defensa. De este modo, parece correcto afirmar que mientras en los supuestos alevosos se elimina la posibilidad de ejercer el derecho a la legítima defensa, ni en los casos de abuso de superioridad ni en los de desvalimiento se produce dicha eliminación si bien por razones diferentes; a) en el abuso porque aunque el derecho de defensa de la víctima está mermado, incluso de forma notable, a causa o no del autor, sin embargo no está eliminado puesto que la víctima puede seguir ejerciéndolo si bien en peores condiciones, y b) en el desvalimiento porque el autor tampoco lo elimina en la medida en que la víctima ya estaba previamente imposibilitada para ejercer ese derecho. De modo que el autor está en cada uno de los tres supuestos en una situación diferente frente al derecho de legítima defensa de la víctima: a) en la alevosía *elimina* el ejercicio de tal derecho: la víctima *no puede* ejercer la legítima defensa *debido al autor*, b) en el abuso de superioridad se *aprovecha sólo de una merma o disminución* (causada o no por él) de su ejercicio: la víctima *puede* ejercer la legítima defensa, pero *en peores condiciones debido o no al autor*, y b) en el desvalimiento se *aprovecha de incapacidad* de la víctima para ejercerlo: la víctima *no puede* ejercer la legítima defensa *debido a sí misma*.

En cambio las interpretaciones propuestas hasta ahora parecen ofrecer una distinción entre los tres supuestos menos satisfactoria, incluyendo en un caso el desvalimiento en la alevosía (jurisprudencia) y en otro en el abuso de superioridad (doctrina). La jurisprudencia utiliza un criterio *cuantitativo* basado en el grado de

⁷¹⁷ STS 2230/2011 de 30 de marzo: «Si la capacidad de defensa no resulta anulada, sino ostensiblemente disminuída [sic], operará la agravante de abuso de superioridad».

indefensión de la víctima de forma que cuando *falta de toda posibilidad* de defensa existe alevosía, mientras que cuando sólo se da una *notable disminución de las posibilidades* de defensa existe abuso⁷¹⁸, con lo que los casos de desvalimiento, en los que falta toda posible defensa, quedan incluidos en la alevosía. Pero aquí es erróneo sostener que una situación de indefensión sea suficiente a la hora de apreciar la alevosía, porque, de acuerdo a su concepto legal, esa situación ha debido además ser causada por el autor mediante el empleo de modos, medios o formas de ejecución, lo que a todas

⁷¹⁸ STS 917/2010 de 28 de enero, STS 5615/2010 de 14 de octubre, STS 7544/2010 de 30 de diciembre, STS 8065/2011 de 15 de noviembre, STS 8307/2011 de 22 de noviembre, STS 9136/2011 de 27 de diciembre, STS 1388/2012 de 16 de febrero, STS 2742/2012 de 10 de abril, STS 3015/2012 de 20 de abril, STS 3485/2012 de 17 de mayo, STS 3487/2012 de 17 de mayo, STS 6345/2012 de 15 de septiembre, STS 7907/2012 de 28 de noviembre, STS 8931/2012 de 3 de diciembre, STS 3789/2013 de 25 de junio, STS 4302/2013 de 23 de julio, STS 1286/2014 de 5 de marzo, STS 2841/2014 de 17 de junio, STS 5442/2014 de 26 de diciembre y STS 2946/2015 de 21 de mayo (y también en término casi idénticos STS 2700/2014 de 24 de junio): «Es[t]a superioridad ha de ser tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía, que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando»; STS 2110/2010 de 29 de abril: «que tal superioridad produzca una notable disminución de las posibilidades reactivas de defensa del ofendido, sin precisar su eliminación, pues ello nos conduciría a la alevosía»; STS 5298/2010 de 11 de octubre: «Mientras que la alevosía conlleva la completa eliminación de cualquier posible defensa de la víctima el abuso de superioridad sólo la debilita o reduce»; STS 5628/2010 de 21 de noviembre: «que la situación anterior [de superioridad] produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas pues en este caso nos encontraríamos en presencia de la alevosía»; STS 6212/2010 de 10 de noviembre: «La denominación de alevosía menor, da idea de la conceptualización de la superioridad como situación objetiva de desequilibrio aprovechada pro el autor de la agresión para facilitar la ejecución del delito impidiendo la defensa, sin llegar a reducirla en terminos [sic] tales que harían [sic] de aplicación la agravación de alevosía [sic]»; STS 7043/2010 de 2 de diciembre: «el abuso de superioridad significa la debilitación o la aminoración de cualquier posibilidad de defensa, no la total eliminación de que trata la alevosía»; STS 7609/2010 de 28 de diciembre: «que dicha superioridad produzca una disminución notable de las posibilidades de defensa del ofendido, sin llegar a eliminarlas, lo que patentiza su proximidad con la agravante de alevosía»; STS 2230/2011 de 30 de marzo: «Si se elimina totalmente la defensa de la agredida, asegurando el resultado sin riesgo, nos hallamos ante la cualificación de alevosía. Si la capacidad de defensa no resulta anulada, sino ostensiblemente disminuída [sic], operará la agravante de abuso de superioridad»; STS 5144/2011 de 19 de julio: «[...] la agravante de abuso de superioridad, cuya diferencia con la alevosía radica en que produce una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera, nos encontraríamos en presencia de la alevosía»; STS 409/2012 de 20 de enero: «participa de la misma estructura de la agravante 1ª del art. 22 CP, pero sin llegar en sus consecuencias al mismo grado de indefensión y desamparo en que se sitúa a la víctima»; STS 770/2012 de 24 de enero: «una alevosía de menor grado, caracterizada por un debilitamiento de la defensa de la víctima»; STS 5103/2012 de 10 de julio: «sin que haya pruebas para constatar que haya privado a ésta de absolutamente toda posibilidad de defensa, en cuyo caso procedería la apreciación de la alevosía, si produce una clara disminución de su capacidad de reacción, colocando a la agresora en una manifiesta posición de superioridad»; STS 7804/2012 de 7 de noviembre «el abuso de superioridad no es más que una alevosía menor o de segundo grado, que coincide en sus elementos objetivo y subjetivo con la alevosía pero que se diferencia de ésta en circunstancias meramente cuantitativas en relación con el grado de indefensión de la víctima, que si en la primera es completa y total, en la segunda solo es parcial»; STS 7840/2012 de 4 de diciembre y STS 8288/2012 de 5 de diciembre: «que esta superioridad ha de producir una notable disminución de las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando. Por eso la doctrina jurisprudencial viene considerando a esta agravante como una alevosía menor o de segundo

luzes no ocurre en los casos de desvalimiento. En cambio, la doctrina recurre a un criterio *cualitativo* según el cual mientras en la alevosía se *emplean* medios (modos o formas) para causar la indefensión, en el abuso de superioridad sólo se *aprovecha* una situación de superioridad⁷¹⁹, incluyéndose así en el abuso el desvalimiento, dado que en este último no se *emplean* medios, modos o formas de ejecución. Pero aquí la doctrina se equivoca al creer que todo caso de abuso de superioridad se caracteriza por el mero aprovechamiento, dado que existen casos de abuso donde realmente tiene lugar el empleo de medios —como es el caso del abuso de superioridad medial o instrumental donde el autor emplea armas⁷²⁰— para causar la situación de superioridad, de ahí que el

grado»; STS 140/2013 de 15 de enero: «[...] pues esta última [la alevosía] puede ser considerada a estos efectos como una modalidad agravada de aquélla, un abuso de superioridad que no debilita la defensa del ofendido sino que tiende a eliminarla»; STS 1900/2013 de 8 de abril: «De lo antes expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en la existencia de una conducta agresora que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa, en cuanto supone el aseguramiento de la ejecución con ausencia de riesgo, frente al mero abuso de superioridad, que tiene presente una situación que tan solo tiende a debilitar la defensa que pudiera efectuarse»; STS 2853/2014 de 18 de junio: «[...] los elementos típicos de la alevosía son los mismos que del abuso de superioridad, llamada también por esta Sala alevosía de segundo grado o cuasi alevosía. La única diferencia es la intensidad de una y otra. En la alevosía se asegura el resultado letal a la vez que se elimina cualquier riesgo de reacción defensiva del agredido, que pudiera soportar el agresor. Cuando el aseguramiento del resultado no es pleno nos hallamos ante el abuso de superioridad como es el caso, en que la víctima tuvo ciertas posibilidades de escapar de la agresión mortal evitando el resultado proyectado por los agresores»; STS 417/2015 de 13 de febrero: «[...] esta última [alevosía] puede ser considerada a estos efectos como una modalidad agravada de aquélla, un abuso de superioridad que no debilita la defensa del ofendido sino que tiende a eliminarla».

⁷¹⁹ ARIAS EIBE, José Manuel, «La alevosía de segundo grado o abuso de superioridad como circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal. Estudio jurídico penal y jurisprudencial», ob. cit., pág. 32: «mientras que en la alevosía la ventaja del agresor se residencia en los medios, modos o formas de ejecución empleados, en el abuso de superioridad la ventaja reside en la inferioridad de la víctima». GÓMEZ RIVERO, Carmen, «Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal», ob. cit., pág. 41: «[...] si el sentido del verbo ‘emplear’ presupone la posibilidad de elegir una forma ejecutiva que no es consustancial al fin pretendido por el agente, su opción representa el resultado de un proceso electivo de un concreto medio, modo o forma ejecutiva: sólo si hay posibilidad de elegir puede hablarse del recurso a una técnica de ejecución especial como requiere la alevosía. Por el contrario, si la elección no existe sino que el desequilibrio de fuerzas es inherente a la situación, el agente ni elige ni puede elegir y, por ello, es imposible decir que emplea, que recurre a una forma ejecutiva especial; al contrario, lo único que hace es aprovecharse de una circunstancia dada, algo que es propio del número 2 del artículo 22 CP. En resumen, pues, el hecho de que en un caso el autor elija los medios y en otro se limite a beneficiarse de circunstancias concurrentes determina que mientras en el primero la razón de ser de la agravante deba verse en la *dinámica comisiva*, en el segundo resida en el *marco contextual* en que se desarrolla la acción». ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 227: «A tales efectos lo que se valorará será, no ya la mayor o menor indefensión de la víctima, sino la voluntad del sujeto de prevalerse de su superioridad física, o por el contrario, la de emplear un medio, modo o forma que elimine la defensa del ofendido. Y de la misma forma, la incompatibilidad entre ambas, se manifestará claramente, desde el momento que de una misma causa no podrán derivarse dos efectos distintos. Ya que no es posible admitir, que en un mismo hecho, coexista una ventaja proveniente de medios típicamente aleves, con otra emanada de la diferencia entre las fuerzas naturales de agresor y agredido».

⁷²⁰ STS 409/2012 de 20 de enero: «Con carácter general, esta Sala ha dicho que esta agravante es aplicable cuando del uso de armas se trate (STS 839/2007, 15 de octubre), apreciándola en el caso de utilización de una navaja frente al que se enfrenta al agresor con las manos vacías (STS 11 de junio de 1991) o al que portaba un arma blanca frente a quien no tenía ninguna y, además, se hallaba bebido y en el suelo (STS 881/2006, 14 de septiembre), pues a nadie escapa la desigualdad de fuerzas con que se

criterio cualitativo empleo-aprovechamiento no sirva tampoco para distinguir el abuso de superioridad de la alevosía. Además *conceptualmente* es erróneo identificar el desvalimiento con el abuso de superioridad, porque en este último, como se ha indicado, todavía subsisten aunque disminuidas posibilidades de defensa, mientras los desvalidos no disponen de posibilidad de defensa alguna.

El criterio de distinción que propongo trata de articular ambos criterios de doctrina y jurisprudencia tomando lo que tienen de correcto y evitando lo incorrecto; la jurisprudencia tiene razón en que la alevosía requiere de una *situación de indefensión*, pero esa indefensión, y aquí es donde acierta la doctrina, ha de ser *causada por el autor* (mediante el empleo de medios de ejecución). Pues bien, el criterio de *eliminación del derecho a la defensa* recoge ambos aciertos, porque el término “eliminación” supone por una parte, frente a la “merma”, “debilitamiento” o “disminución”, la falta completa de defensa —criterio jurisprudencial—, pero a su vez también conlleva, frente al mero “aprovechamiento”, un comportamiento activo del autor que origina dicha indefensión —criterio doctrinal: empleo de medio, modos o formas de ejecución—. O dicho con otras palabras, nuestra propuesta trata de articular un criterio *cualitativo-cuantitativo* de modo que para apreciar alevosía se requiera *una actividad* del autor —criterio *cualitativo* de la doctrina— que elimine *toda posibilidad* de defensa de la víctima —criterio *cuantitativo* de la jurisprudencia—. Criterio *cualitativo-cuantitativo* que además permite distinguir

enfrentan una persona armada y otra inerme (STS 522/1998, 13 de abril)»; STS 2742/2012 de 10 de abril citando la STS de 10 de noviembre de 2006: «*Asimismo hemos dicho que el uso de armas constituye la modalidad más usual de superioridad medial ya que representa para el que la porta una situación de superioridad frente a la correlativa debilidad en el agredido [...]*»; STS 3485/2012 de 17 de mayo y STS 3487/2012 de 17 de mayo citando también a la STS de 10 de noviembre de 2006: «*... el abuso de superioridad, circunstancia agravante genérica que recoge el núm. 2º del art. 22 CP, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala (SSTS 732/2006 y 881/2006, entre otras muchas) exige la concurrencia de los elementos siguientes: 1.º. Que haya una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia, bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial) bien al hecho de que concurra una pluralidad de atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación (superioridad personal).* [...] el uso de armas, de fuego o blancas, frente a una persona desarmada encaja con toda facilidad en este supuesto de la desproporción que conduce a la aplicación de la agravante (vid., por ej., las SSTS de 14 de Septiembre y 10 de Noviembre de 2006, entre tantas otras)». STS 1286/2014 de 5 de marzo: «Según reiterada jurisprudencia de este Tribunal (SSTS 1157/2006, de 10-11 ; 574/2007, de 30-5; 973/2007, de 19-11 ; 76/2009, de 4-2 ; 479/2009, de 30-4 ; y 889/2009, de 15-9, entre otras muchas), la circunstancia agravante de abuso de superioridad exige para su apreciación los siguientes requisitos: 1º *Que se produzca una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia, bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial o instrumental), bien al hecho de que concurra una pluralidadde atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación (superioridad personal)*».

entre sí a la alevosía, el abuso de superioridad y el desvalimiento. En estos dos últimos supuestos nunca hay la *eliminación de la defensa* característica de la alevosía, pero por diferentes razones. En el abuso porque no se cumple con el criterio *cuantitativo*; siempre resta alguna posibilidad de defensa. Y en el desvalimiento porque se incumple el criterio *cualitativo*; no existe una actividad del autor encaminada a la eliminación, sino una imposibilidad intrínseca de la víctima para defenderse que se aprovecha. En la medida en que el abuso de superioridad y el desvalimiento incumplen alguno de ambos criterios, pueden ser considerados alevosías menores o de segundo grado; en el abuso no hay eliminación pero sí debilitamiento del derecho de defensa, y en el desvalimiento tampoco existe eliminación aunque sí incapacidad de la víctima para el ejercicio de tal derecho.

Aunque *conceptualmente* el desvalimiento no es equiparable ni a la alevosía ni al abuso de superioridad, *de forma práctica y a falta de una alternativa mejor* parece más correcto la postura de la doctrina de incluirlo en el abuso de superioridad. En primer lugar porque en ninguno de ambos casos (alevosía menores o de segundo grado) se produce, como sí ocurre en la alevosía, una eliminación de la legítima defensa. Pero además porque si con el abuso de superioridad se castiga ya el aprovechamiento de la *merma o disminución* de la legítima defensa, entonces con mayor razón ha de castigar el aprovechamiento cuando, como en el desvalimiento, la *imposibilidad* de legítima defensa es total. No obstante, a partir de la entrada en vigor de la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 marzo ya no resulta necesario, al menos en los delitos de homicidio, reconducir buena parte de los supuestos de desvalimiento al abuso de superioridad pues los hechos podrán ser calificados como un homicidio agravado del 138.2 a) debido a «que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad», lo que por cierto ya era posible respecto a las lesiones cualificadas del 148 pero sólo en la medida en que la víctima fuera menor de *doce años* (art. 148.3) o persona especialmente vulnerable que *convivía* con el autor (art. 148.5). Con esto el legislador parece estar incorporando paso a paso —primero en las lesiones limitadamente y ahora plenamente en el delito de homicidio— la categoría intermedia de la “especial vulnerabilidad” entre la alevosía y el abuso de superioridad. Si bien debe decirse que, frente a la noción de “persona absolutamente indefensa” de los proyectos

de 1992 y 1994, el criterio de la “especial vulnerabilidad” presenta ciertos inconvenientes para englobar adecuadamente los casos de desvalimiento. En primer lugar porque, por una parte, la idea de la “especial vulnerabilidad” parece abarcar un mayor número de casos de los tradicionales de desvalimiento, casos que caerían ya dentro de la categoría abuso de superioridad; una persona especialmente vulnerable puede ser alguien que esté absolutamente indefenso (noción tradicional de desvalido), pero también quien tiene todavía posibilidades de defensa sólo que disminuidas, lo que constituye entonces un caso claro de abuso de superioridad. Pero, en segundo lugar, porque, por otra parte, la “especial vulnerabilidad” prevista en el artículo 138.2 a) es una noción menos extensa que la tradicional de desvalimiento; pues sólo recoge los casos de desvalidos constitutivos («por razón —dice el artículo— de su edad, enfermedad o discapacidad»), pero en cambio deja fuera a los desvalidos accidentales (durmientes, sometidos al efecto del alcohol o las drogas, etc.).

Aunque, según lo hasta aquí dicho, el criterio general sea que el desvalimiento no constituye una modalidad de alevosía, este criterio admite excepciones en ciertos supuestos de desvalimiento que pueden ser reconducidos a la alevosía. Esto resulta más claro, en primer lugar, respecto del desvalimiento accidental donde la situación de indefensión es sólo transitoria. Buen ejemplo de ello resulta el caso de los durmientes. Nadie duda que cuando el autor provoca el sueño de la víctima, administrándole por ejemplo un potente somnífero para después matarle, nos encontramos ante un supuesto de alevosía, porque en este caso evidentemente el autor ha empleado un medio —el somnífero— para eliminar la defensa de la víctima⁷²¹. Nada diferente ocurre cuando se

⁷²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte especial*, ob. cit., pág. 47: «La cuestión de la alevosía es menos discutible en el caso de los durmientes, sobre todo cuando esta situación ha sido provocada por el sujeto activo, suministrando, por ejemplo, un narcótico a la víctima o esperando a que ésta se duerma para matarla. No cabe duda de que aquí sí se busca y se crea el aseguramiento de la ejecución y se evita toda posibilidad de defensa». PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 208: «No hay, en cambio, dificultad alguna para admitir la alevosía si el agente aguarda a que se produzcan tales circunstancias favorables o, especialmente, si emplea medios específicamente destinados a provocarlas, por ejemplo, suministrando un somnífero a la víctima, esto es, si tales circunstancias responden a un mínimo de planificación previa a la ejecución del hecho». GRACIA MARTÍN, Luis, en *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, ob. cit., pág. 109: «[...] sí es posible que concurra la alevosía en el caso de víctimas durmientes, sobre todo en los casos en que el autor haya suministrado a la víctima algún narcótico o haya esperado a que se durmiera para realizar el ataque con el fin de asegurar la ejecución y evitar la posible defensa de la misma». ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, ob. cit., pág. 71: «Esta interpretación jurisprudencial en los supuestos de desvalimiento ha sido rechazada, con razón, por la doctrina, al ser contraria al fundamento mismo de la alevosía, salvo, lógicamente cuando esa situación ha sido

espera a que la víctima se duerma, debido a que también en este caso puede afirmarse que el autor emplea una forma de ejecución —aguardar el sueño de la víctima para atacar— que hace imposible la defensa. Sin embargo, resulta dudoso ya si serían alevosos los casos en los que el autor se encuentra por casualidad con un durmiente. Evidentemente lo serían para nuestra jurisprudencia, que considera alevoso todo caso de ataque a un durmiente. También para el Tribunal Federal alemán, que entiende la muerte de durmientes como un verdadero prototipo del asesinato alevoso⁷²², en lo que le sigue la mayor parte de la doctrina alemana⁷²³, basándose en el siguiente razonamiento: aunque en los casos de los durmientes *en principio* no puede mantenerse que la víctima esté, como exige la alevosía, desprevenida —porque el que duerme es incapaz tanto de estar prevenido como desprevenido—, se considera que sí está desprevenida debido a que se abandona al sueño en la confianza de que nada le ocurrirá⁷²⁴, es decir, en el sueño

aprovechada, provocada o buscada por el sujeto activo (provocar un estado de inconsciencia de la víctima, p. ej., dormirla o suministrarle drogas)». CAMARGO HERNÁNDEZ, Cesar, *La alevosía*, ob. cit., pág. 68: «Cuando el sueño ha sido provocado intencionalmente para cometer el delito —por ejemplo, hipnotizando a la víctima o haciéndola ingerir sustancias tóxicas— es indudable la concurrencia de alevosía». DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «La alevosía en el Código Penal de 1995», ob. cit., pág. 293: «Sí será apreciable la agravante de alevosía, obviamente, en todos los supuestos de personas durmientes a las que el sujeto activo ha provocado dicha situación, suministrándoles, por ejemplo, un somnífero, o cuando el agresor ha esperado a que se produjera el momento del sueño para atacar, buscando de propósito tal situación de inconsciencia en su víctima». ARIAS EIBE, Manuel José, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», ob. cit., págs. 3 y s.: «No existe objeción dogmática alguna a la apreciación de la alevosía cuando la víctima ha sido adormecida por el sujeto activo o ha esperado a que ésta se adormezca naturalmente para aprovecharse de la situación de indefensión». *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, ob. cit., ESER/STERNBERG-LIEBEN § 211, nm. 25c, pág. 2042: «Incluso para víctimas constitutivamente desprevenidas e indefensas es posible sin embargo la muerte alevosa, cuando la falta de consciencia ha sido ya provocada por el autor con intención de matar [...] [*Selbst bei konstitutionell arg- oder wehrlosen Opfern bleibt jedoch heimtückisches Töten möglich, wenn die Bewusstlosigkeit bereits durch den Täter mit Tötungsabsicht herbeigeführt worden war* [...]».

⁷²² *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch §§ 185-262*, ob. cit., SCHNEIDER § 211, nm. 136, pág. 420: «Para el Tribunal Federal son tales supuestos de hecho [los de los durmientes] verdaderamente un prototipo del asesinato alevoso [*Für den Bundesgerichtshof sind derartigen Sachverhalten geradezu ein Prototyp des Heimtückemordes*]».

⁷²³ SCHMOLLER, Kurt, «Überlegungen zur Neubestimmung des Mordmerkmals „heimtückisch“», ob. cit., pág. 398: «Además la muerte de un durmiente se considera en ocasiones como el ‘ejemplo verdaderamente clásico de alevosía’ y por eso en todo caso no debería ser excluido en general del concepto de alevosía [*Zudem wird die Tötung Schlafender zuweilen als das ,geradezu klassische Beispiel der Heimtücke‘ angesehen und sollte daher jedenfalls nicht generell aus dem Begriff der Heimtücke ausgeklammert werden*]». KÜPER, Wilfried, «„Heimtücke“ als Mordmerkmal – Probleme und Strukturen», en *Juristische Schulung (JuS)*, Cuaderno 8, 2000, pág. 744: «La muerte de un persona que duerme sería ‘el clásico ejemplo de alevosía’: ‘Quien se acuesta para dormir, lleva consigo en el sueño la falta de prevención; ella le acompaña, también cuando él ya no es consciente de ella’ [*Die Tötung eines schlafenden Menschen sei ,das klassische Beispiel der Heimtücke‘: ,Wer sich zum Schlafen niederlegt, nimmt die Arglosigkeit mit in den Schlaf; sie begleitet ihn, auch wenn er sich ihrer nicht mehr bewusst ist*]».

⁷²⁴ MOSBACHER, Andreas, «Anmerkung: Heimtückischer Mord an einem Schlafenden, BGH, Urt. v. 10. 5. 2007 – 4 StR 11/07 (LG Dortmund),» en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, Año 27, Cuaderno 24,

se lleva consigo la falta de prevención o sospecha que tenía al acostarse. Al margen de las posibles objeciones a este razonamiento —si el durmiente es incapaz *fácticamente* de estar prevenido o desprevenido, sólo mediante una ficción *normativa* puede decirse que el autor aprovecha su falta de prevención—, nuestra legislación —artículo 22.1— no permite que lo decisivo para afirmar la alevosía consista en el estado de conciencia de la víctima al acostarse —de que en ese momento sospechara o no de un ataque—, sino en el hecho de que el autor empleara o no modos, medios o formas para eliminar la defensa. Y en los casos en los que el autor se encuentra por casualidad con un durmiente, resulta difícil sostener que aquél haya empleado modos, medios o formas que conduzcan a la situación de indefensión del durmiente; no es el autor el que ha eliminado la defensa, sino la casualidad la que ha hecho que la víctima se encuentra en una situación —sueño— por la que es incapaz de defenderse⁷²⁵. El mismo criterio debe aplicarse en los otros casos de indefensión accidental. Así si el autor ha suministrado a la víctima bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes que provocan un estado letárgico o comatoso, o ha esperado a que la víctima cayera en tales estados para después agredirla,

2007, pág. 524: «[...] por lo general obra ‘alevosamente’ quien mata a un durmiente; porque el durmiente está regularmente desprevenido e indefenso. Él se abandona al sueño en la confianza de que no le ocurra nada [...] [[...] *in der Regel ,heimtückisch‘ handelt, wer einen Schlafenden tötet; denn der Schlafende ist regelmäßig arg- und wehrlos. Er überlässt sich dem Schlaf im Vertrauen darauf, dass ihm nichts geschehen werde [...]]. Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, ob. cit., NEUMANN § 211, nm. 55, pág. 1605: «Mientras un inconsciente, que no pudo evitar la entrada en su estado, no debe ser desprevenido, porque no pudo ‘ser engañado en la esperanza de que nadie le hará nada’, se afirma la falta de prevención del durmiente con la fundamentación de que el que (se) duerme lleva ‘consigo en el sueño la falta de prevención’ [*Während ein Bewusstloser, der den Eintritt seines Zustandes nicht abwenden konnte, nicht arglos sein soll, weil er ‘nicht in der Erwartung, ihm werde niemand etwas anhaben, getäuscht werden’ konnte, wird eine Arglosigkeit des Schlafenden mit der Begründung bejaht, der (Ein-)Schlafende nehme ,die Arglosigkeit mit in den Schlaf‘] ».* Münchener Kommentar Strafgesetzbuch §§ 185-262, ob. cit., SCHNEIDER § 211, nm. 136, pág. 420: «Decisivo para la aceptación del aprovechamiento consciente de una indefensión causada por la falta de prevención sería que el que se dispone a dormir se acuesta por regla general en la confianza de que a él nada le ocurrirá. Este estado de conciencia lo lleva consigo en el sueño, de modo que él en el momento de la ejecución de la acción típica estaría desprevenido. En esta circunstancia ve el Tribunal federal la diferencia decisiva con la muerte de un inconsciente [*Entscheidend für die Annahme der bewussten Ausnutzung arglosigkeitsbedingter Wehrlosigkeit sei, dass sich der zum Schlaf Bereite in aller Regel in dem Vertrauen niederlege, ihm werde nichts geschehen. Diese Bewusstseinslage nehme er mit in den Schlaf, so dass er im Zeitpunkt der Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung arglos sei. In diesem Umstand erblickt der Bundesgerichtshof den maßgeblich Unterschied zur Tötung eines Bewusstlosen] ».**

⁷²⁵ CÓRDOBA RODA, Juan, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 272: «No existirá, pues, alevosía si el sujeto está decidido pura y simplemente a cometer el delito y, al realizar éste, se encuentra con una situación determinante de la indefensión de la víctima». PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I* , ob. cit., pág. 208: «Si el sujeto se encuentra sin proponérselo ante tales situaciones favorables para la ejecución [indefensiones circunstanciales como la del durmiente] y se limita simplemente a aprovecharlas es censurable la apreciación de la alevosía, pues no se puede afirmar entonces fácilmente que se haya empleado ningún medio o modo directa o especialmente tendente a asegurarla y a evitar el riesgo procedente de una eventual defensa».

se podrá afirmar sin dificultad que concurre alevosía, ya que fueron los medios, modos o formas del autor —aguardar al estado letárgico o comatoso o administrar sustancias que lo causan— los que provocaron que la víctima no pudiera ejercer la defensa. Cuando el autor, en cambio, se encuentra fortuitamente con que su víctima está sometida a tales estados deberá negarse la alevosía dado que no fueron los medios, formas o modos ejecutivos del autor sino la casualidad la que causó la situación de indefensión de la víctima⁷²⁶. Evidentemente esta solución podría plantear problemas con otros casos parecidos a éstos pero que no son de desvalimiento y en los que no se está dispuesto a negar la alevosía. Me refiero por ejemplo al caso en que el autor mata de un disparo a su enemigo a quien también *fortuitamente* se ha encontrado sentado de espaldas leyendo tranquilamente. Sin embargo, pienso que es posible establecer diferencias. En el caso del ejemplo concurre alevosía porque la indefensión de la víctima no se debe tanto a la casualidad como a la forma de ejecución empleada; si el autor no hubiera ejecutado la muerte por la espalda con un arma de fuego, la víctima hubiera tenido posibilidades de defensa. En cambio, la víctima que por casualidad se encuentra dormida o en un estado letárgico o comatoso está intrínsecamente indefensa independientemente de la forma de

⁷²⁶ No obstante la jurisprudencia no lo considera así. Véase por ejemplo STS 3337/2010: «En efecto, se trata de dos personas que utilizaron —conforme a lo expuesto— una navaja de notables dimensiones, a la vista de la herida producida, contra un individuo que había ingerido gran cantidad de alcohol (más de dos gramos en sangre), lo que suponía una pérdida muy notable de su respuesta sensorial. La ingestión alcohólica era tan manifiesta que fue conocida y aprovechada por los acusados, junto con el súbito acometimiento, para evitar la defensa que pudiera provenir del agredido. La STS 1464/2003, de 4-11, establece que ‘conviene recordar que la alevosía es una circunstancia agravatoria de carácter predominantemente objetivo (lo que implica mayor antijuridicidad) que incorpora un especial elemento subjetivo que dota a la acción de un plus de culpabilidad, denotando de manera inequívoca el propósito del agente de utilizar los medios con la debida conciencia e intención de asegurar la realización del delito eludiendo todo riesgo personal. Y esa conciencia y voluntad que configuran el elemento subjetivo se entenderá concurrente tanto cuando en los supuestos de alevosía por desvalimiento la indefensión de la víctima ha sido deliberadamente *provocada* por el autor, como si éste, conscientemente, *se aprovecha* de esa situación para asegurar el resultado de la acción homicida. Así se declara en la STS de 26 de abril de 2002 —citada por el propio recurrente—, recogiendo las de 29 de abril de 1993, 8 de marzo de 1994 y 26 de junio de 1997, cuando expresa que para que exista alevosía no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento y de forma *consciente de la situación* de indefensión de la víctima así como de la facilidad que ello supone’. Véase también la STS 5913/2011 de 15 de julio, donde la Tribunal Supremo le basta que la víctima consumiera estupefacientes para admitir la alevosía aunque no demuestre ninguna forma de actuación del autor encaminada a la indefensión: «En el presente caso el relato histórico de la Sentencia declara probado que la víctima había consumido sustancias estupefacientes que neutralizaban su capacidad de reacción. Afirmación intocable que el recurrente, en esta vía casacional del art 849.1º de la LECriminal, no puede suprimir ni contradecir. La agresión además se produjo dentro de un garaje que en la motivación del veredicto los jurados estiman tenía la [sic] barreras cerradas. Y no realizó la víctima acción alguna de defensa, reiterando el hecho probado que se encontraba ‘en un estado de desvalimiento’».

ejecución que emplee el autor⁷²⁷. De ahí, que deba seguir negándose para estos casos de desvalimiento la concurrencia de alevosía.

Esto no significa en ningún caso que los casos de desvalimiento accidental no reconducibles a la alevosía carezcan de desvalor jurídico-penal. Es cierto que su desvalor propio, aunque fue reconocido en los Proyecto de Código penal de 1992 y 1994, que se referían como una modalidad de asesinato a que el hecho se ejecutase sobre persona “absolutamente indefensa”, no pasó a formar parte del Código de 1995, y que este desvalor tampoco lo ha reconocido la actual reforma del Código penal, operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 marzo, que aunque prevé en el artículo 138.2 a) como causa de agravación del homicidio la “especial vulnerabilidad” de la víctima la limita a los casos de desvalidos constitutivos («por razón —dice el artículo— de su edad, enfermedad o discapacidad»), dejando fuera a los desvalidos accidentales (durmiendo, sometidos al efecto del alcohol o las drogas, etc.). Sin embargo, a pesar de ello, existe siempre la posibilidad de redirigir el desvalor de estos casos de desvalimiento accidental no alevosos, mientras no exista otra alternativa⁷²⁸, al abuso de superioridad.

En segundo lugar, el principio general de que el desvalimiento no constituye una modalidad de alevosía admite excepciones no únicamente respecto del desvalimiento accidental, sino incluso en casos de desvalimiento constitutivo. Esto ocurre, por

⁷²⁷ Ciertamente en algún sentido podría afirmarse que el autor ha empleado una forma de ejecución —agredir a un durmiente o inconsciente— que ha eliminado la defensa de la víctima, mientras cabía otra distinta —agredirle una vez despierto o consciente— que no la hubiera eliminado. Este parece ser el argumento de GÓMEZ RIVERO, Carmen, «Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal», ob. cit., pág. 42: «Es lo que sucede en el caso de los durmientes, supuestos en los que, dado que la situación no es inherente a la naturaleza de las cosas, sí puede decirse que el autor emplea métodos ejecutivos alternativos a otros». Sin embargo, que el autor mate a la víctima, cuando se la ha encontrado por casualidad durmiendo o inconsciente, una vez que ésta está despierta o consciente no representa una forma de ejecución alternativa a la supuestamente alevosa de matarla cuando duerme o está inconsciente, sino en realidad una posposición de la ejecución. Sobre que en el desvalimiento no hay una forma de ejecución alternativa a la que supuestamente se considera alevosa véase STS 3134/2014 de 11 de junio: «La alevosía no exige una detenida y meditada elección de medios: seleccionar una forma alevosa frente a otras posibilidades no alevosas. Basta con conocer que el medio empleado es en sí alevoso. Por eso, es alevosa la muerte de quien está inconsciente, o del bebé de pocos meses, aunque no sea ‘razonablemente’ posible imaginar en concreto una forma no alevosa de llevar a cabo un propósito homicida».

⁷²⁸ Como hemos dicho, la situación de indefensión del desvalimiento no es *conceptualmente* equiparable a la situación de inferioridad del abuso de superioridad, porque mientras el desvalido no tiene posibilidades de ejercer una defensa, al inferior siempre le restan posibilidades de ejercerla aunque sea en peores condiciones. Sin embargo, *a nivel práctico* no existe ninguna dificultad para subsumir el desvalimiento en el abuso de superioridad dado que si éste ya castiga el aprovechamiento de una posibilidad de defensa debilitada con mayor razón ha de castigar el aprovechamiento cuando, como en el desvalimiento, la imposibilidad de defensa es total.

ejemplo, respecto de los niños pequeños. La jurisprudencia⁷²⁹ y un sector minoritario de la doctrina⁷³⁰ alemanas entienden así que excepcionalmente debe apreciarse alevosía cuando el autor elimina el instinto defensivo natural del niño endulzando el veneno que a continuación le administra. Esta postura ha sido, no obstante, duramente contestada por la doctrina mayoritaria de aquel país poniendo en cuestión que la condena por un asesinato alevoso pueda depender del sabor de la sustancia empleada para matar⁷³¹. En cualquier caso, aunque es cierto que quien engaña al instinto natural del niño está

⁷²⁹ *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch* §§ 185-262, ob. cit., SCHNEIDER § 211, nm. 134, pág. 419: «El Tribunal Federal [alemán] rechaza en una jurisprudencia constante contemplar como alevosa la muerte de un niño muy pequeño, el cual a consecuencia de su natural falta de prevención e indefensión nada puede emprender contra un ataque a su vida, porque su capacidad de percepción no está todavía formada [...] Evidentemente hay excepciones para este principio. Así el Tribunal Federal ha juzgado como asesinato alevoso la muerte de un bebe de tres semanas de edad mediante suministro de un veneno que sabía amargo, porque la autora había mezclado las tabletas en una papilla dulce del niño, y a través de ello había desconectado su instinto de defensa natural consistente en escupir los alimentos amargos [*Der Bundesgerichtshof lehnt es in ständiger Rechtsprechung ab, die Tötung eines sehr kleinen Kindes, das infolge seiner natürlichen Arg- und Wehrlosigkeit gegen einen Angriff auf sein Leben nichts unternehmen kann, als heimtückisch anzusehen, weil seine Wahrnehmungsfähigkeit noch nicht ausgebildet ist [...]* Freilich gibt es von diesem Grundsatz Ausnahmen. So hat der Bundesgerichtshof die Tötung eines drei Wochen alten Babys durch Beibringung eines bitter schmeckenden Schlafmittels als Heimtückemord beurteilt, weil die Täterin die Tabletten in den süßen Brei des Kindes gemischt und dadurch dessen natürlichen Abwehrinstinkte in Form des Ausspeiens bitterer Nahrung ausgeschaltet hatte]». Como sentencia prototípica a este respecto del Tribunal Federal alemán puede consultarse la BGHSt 8, 216.

⁷³⁰ *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, ob. cit., ESER/STERNBERG-LIEBEN § 211, nm. 25c, pág. 2042: «Incluso para víctimas constitutivamente desprevenidas e indefensas es posible sin embargo la muerte alevosa, cuando [...], como acaso en los niños pequeños, el veneno es endulzado para vencer el instinto natural de defensa [*Selbst bei konstitutionell arg- oder wehrlosen Opfern bleibt jedoch heimtückisches Töten möglich, wenn [...], wie etwa bei Kleinstkinder, das Tötungsmittel zur Überwindung natürlicher Abwehrinstinkte versüßt wird*]». *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch* §§ 185-262, ob. cit., SCHNEIDER § 211, nm. 134, pág. 419: «Para la aceptación del proceder alevoso hace desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal una diferencia bien cierta si el autor engaña la naturaleza infantil y a través de ello quita las posibilidades de reacción (mínimas) de la víctima o si él actúa más allá de todo mecanismo de autoprotección de la criatura [*Es macht strafrechtsdogmatisch für die Annahme heimtückischen Vorgehen sehr wohl einen Unterschied, ob der Täter die kindliche Natur überlistet und dem Opfer dadurch (minimale) Abwehrchancen entzieht oder ob er jenseits aller kreatürlichen Selbstschutzmechanismen agiert*]». KÜPER, Wilfried, «„Heimtücke“ als Mordmerkmal – Probleme und Strukturen», ob. cit., pág. 744: «La alevosía viene sólo en consideración [en los casos de inconscientes y niños] cuando se aprovecha la falta de prevención de un tercero dispuesta a la protección o —sobre todo en el caso de niños pequeños— se desconecta el ‘instinto natural de reacción’ [*Heimtücke kommt dann nur in Betracht, wenn die Arglosigkeit eines schutzbereiten Dritten ausgenutzt oder – namentlich bei Kleinkindern – der ‚natürliche Abwehrinstinkt‘ ausgeschaltet wird*]».

⁷³¹ RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (II)», ob. cit., pág. 6: «Pues es una ‘interpretación verdaderamente que riza el rizo’, hacer depender la pena de cadena perpetua de si las tabletas saben bien o saben amargas, de si la madre ahoga, asfixia, estrangula con la fuerza física o engaña la naturaleza del niño. El obrar alevoso frente a los niños más pequeños debe ser en general excluido [*Denn ist eine ‚geradezu haarspalterische Interpretation‘, die lebenslange Freiheitsstrafe davon abhängig zu machen, ob die Tabletten gut oder bitter schmecken, ob die Mutter mit körperlichen Kräften das Kind ertränkt, erstickt, erwürgt oder die Natur des Kindes überlistet. Heimtückisches Handeln gegenüber Kleinstkindern sollte generell ausgeschlossen werden*]. SCHMOLLER, Kurt, «Überlegungen zur Neubestimmung des Mordmerkmals “heimtückisch”», ob. cit., pág. 398, citando a RENGIER: «Sería inadecuado ‘hacer depender la pena de cadena perpetua de si las tabletas saben bien o saben amargas’ [*es wäre unangemessen, die lebenslange Freiheitsstrafe davon abhängig zu machen, ob die Tabletten gut*]

eliminando sus (mínimas) posibilidades de defensa⁷³², por otra parte debe señalarse que no es la anulación de la defensa *natural instintiva* la que da lugar a la apreciación de la alevosía. Así nuestro Tribunal Supremo en múltiples ocasiones ha considerado compatible el hecho de que la víctima haya hecho uso de su instinto natural defensivo con la concurrencia de la circunstancia de alevosía, lo que demuestra que no es la eliminación de la defensa *pasiva, instintiva o natural* —que es la propia del niño pequeño—, sino de la defensa *activa, agresiva o de la que* —según el 22.1— *pudieran proceder riesgos para el autor* la que conduce a la apreciación de la alevosía⁷³³. La

oder bitter schmecken']. Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, ob. cit., NEUMANN § 211, nm. 58, pág. 1606: «[...] según esta interpretación la decisión sobre la cualificación por asesinato dependería del sabor de la sustancia empleada [...] [...] nach dieser Auffassung die Entscheidung über die Mordqualifikation von dem Geschmack der verwendeten Substanz abhängen würde [...]».

⁷³² KÜPER, Wilfried, «„Heimtücke“ als Mordmerkmal – Probleme und Strukturen», ob. cit., pág. 744, nota 45: «¡Pero también el engaño de la ‘naturaleza infantil’ quita a la víctima las posibilidades de defensa! [Aber auch die Überlistung der ‚kindlichen Natur‘ entzieht dem Opfer Abwehrchancen!]. Münchener Kommentar Strafgesetzbuch §§ 185-262, ob. cit., SCHNEIDER § 211, nm. 134, pág. 419: «Para la aceptación del proceder alevoso hace desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal una diferencia bien cierta si el autor engaña la naturaleza infantil y a través de ello quita las posibilidades de reacción (mínimas) de la víctima o si él actúa más allá de todo mecanismo de autoprotección de la criatura [Es macht strafrechtsdogmatisch für die Annahme heimtückischen Vorgehen sehr wohl einen Unterschied, ob der Täter die kindliche Natur überlistet und dem Opfer dadurch (minimale) Abwehrchancen entzieht oder ob er jenseits aller kreatürlichen Selbstschutzmechanismen agiert]».

⁷³³ STS 3545/2010 de 16 de junio: «Tiene razón el Fiscal, además, cuando recuerda que la supuesta existencia de lesiones de defensa en la víctima, que no son mencionadas en la sentencia, en nada desmerece la apreciación de la alevosía, pues de existir, responderían a un lógico instinto de supervivencia que le habría llevado a mover los brazos o las manos para resguardar del acometimiento una zona vital como es la cabeza»; STS 2039/2011 de 14 de abril, STS 5129/2011 de 28 de junio, 5144/2011 de 19 de julio, STS 1465/2014 de 16 de abril, STS 2432/2014 de 10 de junio, STS 5083/2014 de 12 de diciembre, STS 5442/2014 de 26 de diciembre, STS 677/2015 de 25 de febrero, STS 825/2015 de 2 de marzo, STS 824/2015 de 12 de marzo y STS 2446/2015 de 4 de mayo: «En cuanto a la ‘eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación’ (STS. 13.3.2000)»; STS 5913/2011 de 15 de julio: «[...] la alevosía no se excluye en casos de intento de defensa, cuando es funcionalmente imposible, y se debe a la reacción instintiva de quien no tiene escapatoria frente a la eficacia de un ataque ejecutado sobre seguro»; STS 5144/2011 de 19 de julio, STS 7290/2011 de 2 de noviembre, STS 7689/2011 de 10 de noviembre, STS 5344/2012 de 11 de julio y STS 5442/2014 de 26 de diciembre: «Asimismo señalábamos STS. 1190/2009 de 3.12, que el hecho de que la víctima levantara los brazos para intentar parar los golpes no es una verdadera reacción defensiva sino un simple reflejo instintivo, meramente pasivo y no generador de riesgo alguno para el agresor. En este sentido, en cuanto a la eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima, las SSTS. 13.3.2000 y 15.2.2005, nos dicen que debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación (STS. 653/2007 de 2.7)»; STS 9339/2011 de 30 de diciembre: «En todo caso, como recordábamos en la Sentencia antes citada, la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato (art. 139.1ª) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1ª), radica en la inexistencia de posibilidades de defensa por parte de la persona atacada, aunque es compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación»; STS 1131/2012 de 22 de febrero: «[...] es reiterada la doctrina de la Sala que tiene declarado que por lo que se refiere a la *defensa pasiva de la víctima*, entendiendo por ello la que hace la víctima para como consecuencia del natural instinto de conservación, tratar de autoprotgerse, lo que en el presente caso estaría constituido por el hecho de agarrar la pistola por el cañón —véase *factum*— momento en el que disparó el portador del arma, en tales casos, decimos, es posible la aplicación de la alevosía porque tal acción defensiva no supone ningún obstáculo para que la

defensa mencionada en el 22.1 que se debe eliminar es, en realidad, la correspondiente al ejercicio de la legítima defensa, que autoriza no a defenderse *pasivamente* —echando a correr, interponiendo las manos o escupiendo un veneno amargo— porque esto siempre está autorizado, sino a una defensa ejercida *activamente*, aquella de la que pudiera proceder un riesgo o incluso una lesión para la persona del atacante, riesgo o lesión que en general no están autorizados, y que por ese motivo necesitan la autorización especial del 20.4. Pero de esta defensa activa que acompaña al ejercicio de la legítima defensa carece el niño pequeño, y careciendo de ella, resulta imposible que el autor la elimine y que, por tanto, se aprecie la circunstancia de alevosía.

acción del agresor se lleve a cabo sin riesgo para él. En tal sentido, SSTS 743/2002 de 26 de Abril. Y en el mismo sentido, SSTS 1378/2004 de 29 de Noviembre para la que la alevosía *no* es incompatible con la existencia de ‘*heridas de defensa*’ en la víctima, como cubrirse con manos y brazos para eludir los golpes, o la STS 1472/2005 de 7 de Diciembre, y es que en tal escenario no existen posibilidades de defensa para la víctima, ni por tanto riesgo para el agresor»; STS 8430/2012 de 15 de noviembre: «Por eso, la defensa que ha de confrontarse para evaluar el grado de desvalimiento del ofendido, no es la meramente pasiva, como huir o esconderse del atacante, sino la activa que procede de los medios defensivos con los que cuente (véase STS 25/2009, de 22 de enero (LA LEY 1186/2009)), de suerte que la eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima, ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible la alevosía con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación pero sin eficacia verdadera contra el agresor y la acción homicida»; STS 1458/2014 de 2 de abril: «Así pues, tampoco impiden la agravación las eventuales actuaciones defensivas de la víctima que, sin dirigirse a atacar al agresor, tiendan solamente a eludir el daño que se procura por éste»; STS 824/2015 de 12 de marzo: «Por eso, la defensa que ha de confrontarse para evaluar el grado de desvalimiento del ofendido, no es la meramente pasiva, como huir o esconderse del atacante, sino la activa que procede de los medios defensivos con los que cuente (SSTS 316/2012 de 30 de abril, 25/2009, de 22 de enero), de suerte que la eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima, ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible la alevosía con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación pero sin eficacia verdadera contra el agresor y la acción homicida. Este criterio se plasma en numerosas sentencias de este Tribunal Supremo, como la ya citada de 22 de enero de 2009, en la que se dice que la defensa de la víctima no puede ser medida bajo parámetros de ocultamiento, o de la utilización de cualquier clase de parapeto en donde refugiarse. La defensa que ha de confrontarse para evaluar el grado de desvalimiento del ofendido no es la meramente pasiva (correr u ocultarse de la línea de fuego), sino la activa, procedente de los medios defensivos con los que cuente. Llegar a otras conclusiones nos llevarían al terreno del absurdo. Así, quien viéndose acometido mediante los disparos de un arma de fuego, se tira al suelo, se esconde detrás de un coche o de un árbol, por ejemplo, echa a correr en zig-zag, no se defiende, en el sentido a que se refiere el art. 22.1^a del Código penal (‘sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido’), sino que lo único que hace es protegerse ante el acometimiento de su agresor. Una cosa, pues, es la defensa del ofendido, y otra, la actividad de mera protección del mismo. Dicha protección no puede ser considerada, en el sentido legal dispuesto, como defensa del ofendido, pues —desde luego— que para nada compromete la integridad física de aquél, ni le pone en ninguna clase de riesgo. (STS de 19 de octubre de 2009). En la STS de 25 de enero de 2007 se insiste en que la jurisprudencia de esta Sala mantiene su interpretación de la agravante de alevosía del art. 139 CP definiéndola como el aprovechamiento de la indefensión de la víctima. La indefensión no es de apreciar sólo cuando el ataque ha sido súbito e inopinado, sino siempre que en la situación concreta el sujeto pasivo no haya podido oponer una resistencia eficaz al ataque. Esto ocurre por regla cuando los atacantes superan claramente en número a la víctima o cuando el atacante está armado y el sujeto pasivo está desarmado. La simple posibilidad abstracta de huida de la víctima no aumenta su capacidad de defensa (SSTS. 316/2012 de 30.4, 915/2012 de 15.11)».

Podría plantearse igualmente si la llamada de auxilio del niño pequeño (o de cualquier otro desvalido) representa una defensa que el autor podría eliminar dando lugar a la alevosía. Esta parece ser la opinión en nuestra doctrina de PEÑARANDA RAMOS: «[...] Un anciano o un impedido, por ejemplo, no deja de tener, por el hecho de serlo, algún medio de defensa a su alcance y, si en tal caso éste es previamente eliminado por el agente, no deben caber dudas acerca de la apreciación de la alevosía. Aparte de esto, salvo en supuestos de niños de muy corta edad o en otros casos muy excepcionales de plena inconsciencia, todos pueden defenderse llamando en su auxilio a terceras personas que puedan dificultar la ejecución del hecho y poner en peligro a la persona del agresor: en estos casos el riesgo para la persona del autor procede de la llamada de auxilio, esto es, de algo que se ha de considerar como una reacción de la propia víctima orientada a su defensa»⁷³⁴.

Sin embargo, frente a esta postura no hay que olvidar que, como acabamos de ver, cualquier medio de defensa al alcance del desvalido no da lugar a la alevosía, sino que ha de tratarse de un medio de defensa activo, es decir, del que proceda riesgo para el autor. Pero sucede que el desvalido no cuenta con estos medios, porque precisamente su condición de desvalido consiste en no poder ejercer una defensa activa; si pudiera defenderse activamente carecería de sentido considerarle desvalido. La llamada en auxilio del desvalido a un tercero sin duda produce un riesgo para el autor, pero ese riesgo no procede de la defensa de la víctima sino del tercero que acude *en defensa* de la víctima. Aunque esta defensa es activa no procede de la víctima, como exige el 22.1, sino de un tercero, y por tanto su eliminación *con arreglo a nuestra legislación* no puede dar lugar a la alevosía.

Otra cosa ocurre en Alemania, donde jurisprudencia y doctrina reconocen respecto de los niños pequeños —pero igualmente en relación con otros desvalidos— *excepcionalmente* la posibilidad de admitir la alevosía en caso de que el autor elimine la protección de un tercero encargado del cuidado de la víctima con la finalidad de cometer más tarde sin impedimentos el hecho⁷³⁵. Un ejemplo sería el supuesto de hecho

⁷³⁴ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 207.

⁷³⁵ *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, ob. cit., ESER/STERNBERG-LIEBEN § 211, nm. 25c, pág. 2042: «Incluso para víctimas constitutivamente desprevenidas e indefensas es posible sin embargo la muerte alevosa, cuando [...] son eliminados terceros dispuestos para su protección, en lo que respecta a

en el que el autor atrae a la abuela fuera del parque infantil o en otro caso la distrae con el objetivo de poder secuestrar al nieto de dos años que juega en el cajón de arena y más tarde matarlo⁷³⁶. Evidentemente esta excepción es posible porque el concepto usual de alevosía en Alemania, que no se encuentra definido legalmente, aunque requiere de la desprevención e indefensión no exige que éstas procedan de la víctima, de modo que puede estimarse sin dificultad la alevosía cuando el autor elimina la defensa que

su falta de prevención e indefensión [*Selbst bei konstitutionell arg- oder wehrlosen Opfern bleibt jedoch heimtückisches Töten möglich, wenn [...] schutzbereite Dritter, auf deren Arg- und Wehrlosigkeit es dann ankommt, ausgeschaltet werden*]». *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, ob. cit., NEUMANN § 211, nm. 59, pág. 1606: «Para personas constitutivamente desprevénidas e indefensas, en especial niños pequeños, pero p. ej. también pacientes en coma, puede según la interpretación predominante fundamentarse la ‘alevosía’ a través del aprovechamiento de la falta de prevención de un tercero dispuesto para su protección [*Bei konstitutionell arg- und wehrlosen Personen, insbesondere Kleinkindern, aber bspw. auch Komapatienten, kann nach vorherrschender Auffassung ‚Heimtücke‘ auch durch das Ausnutzen der Arglosigkeit eines schutzbereiten Dritten begründet werden*]». *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch* §§ 185-262, ob. cit., SCHNEIDER § 211, nm. 135, pág. 420: «El Tribunal Federal [alemán] admite una excepción más de la exclusión por principio de los niños pequeños del ámbito de aplicación de la circunstancia de asesinato de alevosía, cuando el autor elimina a un tercero dispuesto para su protección, para poder cometer entonces sin estorbos la muerte del niño que ya no está amparado [...] Es además jurídicamente conveniente trasladar las consideraciones acerca del aprovechamiento de la falta de prevención de un tercero dispuesto para la protección a los casos de muerte de personas inconscientes o enfermos impedidos para percibir, en la medida que estos estén bajo la custodia de un tercero [*Eine weitere Ausnahme von der prinzipiellen Ausklammerung kleiner Kinder aus dem Anwendungsbereich des Mordmerkmals der Heimtücke lässt der Bundesgerichtshof zu, wenn der Täter schutzbereite Dritte ausschaltet, um dann die Tötung des nicht mehr behüteten Kindes ungehindert begehen zu können [...]* Es ist darüber hinaus rechtlich geboten, die Erwägungen zum Ausnutzen der Arglosigkeit schutzbereiter Dritter auch auf die Fälle der Tötung Bewusstloser und wahrnehmungsgehemmter Kranker zu übertragen, sofern diese in der Obhut Dritter stehen]. RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (II)», ob. cit., pág. 6: «Por supuesto que siempre que el autor elimina la disposición de protección del tercero para matar al niño muy pequeño (o a otra persona desprevénida constitutivamente) en la [situación de] indefensión así creada, debe afirmarse con el Tribunal Federal [alemán] por principio la alevosía [*Wenn der Täter freilich die Schutzbereitschaft Dritter arglistig beseitigt, um das Kleinstkind (oder sonstige konstitutionell Arglose) in der so geschaffenen Hilflosigkeit zu töten, ist mit dem BGH die Heimtücke grundsätzlich zu bejahen*]». KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht Besonderer Teil I*, ob. cit., pág. 47 (§ 2 nm. 23): «En cambio una persona inconsciente, que no puede evitar la entrada de su estado, tampoco puede ser decepcionada en su esperanza de que no le ocurrirá nada. Además tampoco son víctimas adecuadas personas que constitucionalmente (ya) no pueden desarrollar ninguna desconfianza. Esto vale acaso para los enfermos graves que ya no perciben su entorno y para los niños pequeños a los cuales sólo aproximadamente a partir de los tres años se le atribuye la capacidad de sospechar. En estos casos, sin embargo, entra en consideración la alevosía cuando se elimina alevosamente a las personas auxiliares dispuestas para la defensa [*Ein Bewusstloser dagegen, der den Eintritt seines Zustands nicht abwenden kann, kann auch nicht in seiner Erwartung, ihm werde nichts geschehen, getäuscht werden. Keine tauglichen Opfer sind ferner Personen, die konstitutionell kein Misstrauen (mehr) entwickeln können. Dies gilt etwa für ihre Umwelt nicht mehr wahrnehmende Schwerkranke und Kleinkinder, denen erst ab ca. drei Jahren Fähigkeit zum Argwohn zugeschrieben wird. In diesen Fällen kommt jedoch Heimtücke bei arglistiger Ausschaltung von schutzbereiten Hilfspersonen in Betracht*]».

⁷³⁶ El ejemplo reproduce el presentado en *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch* §§ 185-262, ob. cit., SCHNEIDER § 211, nm. 135, pág. 420: «*Lockt der Täter beispielsweise die Großmutter vom Spielplatz weg oder lenkt er sie sonst gezielt ab, um das im Sandkasten spielenden zweijährige Enkelkind entführen und später töten zu können*».

proporciona un tercero aprovechando su falta de prevención⁷³⁷. En cambio la situación en nuestro país, como hemos visto, es diferente; la alevosía está definida legalmente en el artículo 22.1 que establece sin margen de duda que la defensa eliminada por el autor debe *proceder del ofendido*⁷³⁸. De ahí que aunque el autor emplee medios, modos o formas encaminados a eliminar la defensa, si esa defensa no tiene su origen en la víctima sino en un tercero *de lege data* no pueda apreciarse la circunstancia⁷³⁹. Sin embargo, *de lege ferenda* parecería conveniente adoptar la solución de la jurisprudencia

⁷³⁷ *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch §§ 185-262*, ob. cit., SCHNEIDER § 211, nm. 135, pág. 420: «El concepto de alevosía no proporciona ningún motivo para referir la falta de prevención solamente a la víctima del hecho. Es posible tanto lingüísticamente como también dogmático-penalmente emplear la falta de prevención de un tercero, en la medida en que éste sirve de fundamento de la protección de la víctima ante ataques peligrosos para su vida [*Der Begriff der Heimtücke gibt keine Veranlassung, die Arglosigkeit allein auf das Tatopfer zu beziehen. Es ist sowohl sprachlich als auch strafrechtsdogmatisch möglich, die Arglosigkeit eines Dritten in Ansatz zu bringen, sofern dieser den Schutz des Opfers vor lebensgefährlichen Angriffen begründet*]».

⁷³⁸ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, ob. cit., pág. 635: «Puesto que la ley exige que se tienda a evitar una posible defensa procedente del ofendido, no concurrirá alevosía por el hecho de que se evite una defensa proveniente de un tercero»; CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, ob. cit., pág. 700: «[...] en el concepto legal de la alevosía se hace referencia a la finalidad de evitar los riesgos procedentes de la posible defensa de la víctima, pero no de terceras personas»; GRACIA MARTÍN, Luis, en *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, ob. cit., pág. 108: «[...] como señala Antón Oneca, la regulación legal ‘ha aludido al riesgo procedente de la defensa de [sic] ofendido y no al dimanante de la defensa que pudieran hacer otras personas’»; CÓRDOBA RODA, Juan, «Artículo 22.1», ob. cit., págs. 270 y s.: «El riesgo a que la circunstancia primera del art. 22 se refiere, es el proveniente de la defensa que pueda hacer la víctima, según resulta del tenor de dicho precepto. Si se ha eliminado tal peligro, pero no el derivado de la defensa de terceras personas, deberá aplicarse la agravante. A esta conclusión conduce de forma inequívoca el texto legal y a ella ha llegado desde antiguo la jurisprudencia (sentencias de 20 de abril de 1904, 6 de julio de 1910, 28 de agosto de 1913 y 19 de mayo de 1914). El que dicha aplicación pueda ser injusta por gravar en exceso a quien se estima que no merece un incremento de la pena, es perfectamente opinable, pero no creemos que, dado el sentido legal del texto, quepa rechazar la aplicación de la agravante»; ÁLVAREZ GARCÍA, Javier, «Artículo 10.1», ob. cit., pág. 72: «[...] la Jurisprudencia es terminante al afirmar que, la aplicación de la agravante, no se desautoriza aunque existe posible reacción defensiva por parte de terceras personas —Sentencias de 20 de abril de 1904, 6 de julio de 1910, 28 de agosto de 1913, 19 de mayo de 1914, 31 de mayo de 1982 y 20 de junio de 1987—; interpretación jurisprudencial que considero acertada puesto que el Código Penal [de 1973] es terminante en la redacción de la circunstancia 1.ª del artículo 10 en la que alude únicamente al ‘ofendido’, lo que, a mi juicio, excluye cualquiera otra posibilidad interpretativa»; CAMARGO HERNÁNDEZ, César, *La alevosía*, ob. cit., pág. 48: «Terminantemente declara el precepto legal que para que pueda ser apreciada esta circunstancia el agente ha de tender, sólo y exclusivamente, a eliminar la defensa que pudiera hacer el ofendido»; FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código Penal, Tomo I*, ob. cit., pág. 340: «El riesgo contra el cual trata de precaverse el sujeto es el que pueda provenir de la defensa que pudiera hacer el ofendido. Tan terminante es la declaración legal en este sentido, que huelga demostrar la inexistencia de alevosía en aquellos supuestos en los que el agente lo que intente es eliminar el peligro para su persona, procedente de terceros que puedan acudir en defensa del agredido»; ALTÉS MARTÍ, Miguél Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 145: «El Código penal al definir la alevosía, es categórico en esta materia pues habla ‘del ofendido’, con lo que al limitarla al mismo, excluye todo otro riesgo»; MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, ob. cit., pág. 67: «Lo que importa es la eliminación del riesgo que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido. El que provenga o pueda provenir de la reacción de otras personas no es obstáculo para poder apreciar la agravante de alevosía»; FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, *Homicidio y asesinato*, ob. cit., pág. 161 y s.: «[...] este riesgo personal que trata de eludir el agresor ha de provenir de la natural y legítima reacción de defensa del ofendido, y no de un extraño»; CASTELLÓ NICÁS, Nuria, «El

y doctrina alemanas. No en el sentido de que *en cualquier caso* baste eliminar la defensa de un tercero para dar lugar a la alevosía, lo que no parece en sí mismo demasiado justificable; sería ilógico apreciar la circunstancia porque el autor anuló la defensa de un tercero si la propia víctima ha podido desplegar medidas de defensa. Pero sí en el sentido *limitado*, en el que lo hace la jurisprudencia y doctrina alemana, de que se admita el cambio de perspectiva de la víctima a un tercero *sólo* cuando ésta es un niño o en general un desvalido, es decir, una persona que por sí misma carece de la capacidad para desarrollar ninguna reacción defensiva⁷⁴⁰. Y ello debido a consideraciones de torno al desvalor; el que mata a un niño pequeño o a un desvalido empleando modos, medios o formas que eliminan la defensa de un tercero a su cuidado hace algo que merece más desvalor, que el que simplemente lo mata sin haber eliminado la protección que le

asesinato y sus circunstancias», ob. cit., pág. 13: «El riesgo que el autor trata de evitar es, según la propia definición de alevosía, el que pueda proceder de la defensa del ofendido y no el que provenga de terceras personas que pudieran acudir en defensa de la víctima»; DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 809: «Sí existe acuerdo en la doctrina en señalar, en función del tenor legal, que el riesgo a que alude el precepto —y al margen de su vinculación o no con los medios de aseguramiento— es el que nace de la defensa que pueda hacer la víctima, de tal modo que [...] si los medios utilizados son idóneos para eliminar este peligro, aunque no se asegure la ejecución frente a la intervención de terceros es aplicable la agravante»; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «La alevosía en el Código Penal de 1995», ob. cit., págs. 296 y s.: «Problema que ha suscitado también cierto nivel de controversia es el de si cabe la aplicación de la alevosía cuando se anulan las [sic] posibilidad de defensa de la víctima pero no las de terceras personas que, a su vez, pueden defender al ofendido (escotas, por ejemplo). El criterio del Tribunal Supremo, mantenido, entre otras, en dos célebres sentencias que se referían a dos intentos de magnicidio sufridos por los reyes Alfonso XII y Alfonso XIII, ha sido siempre el de entender que la letra de la definición legal del art. 22.1.º sólo se refiere a la anulación de las posibilidades de defensa que provengan de la conducta de la víctima, de modo que aunque no se hayan anulado las posibilidades de defensa provenientes [sic] de la conducta que puedan realizar terceras personas, se debe aplicar la agravante. En mi opinión éste es el único criterio posible, por más que recientemente se haya puesto es cuestión, ya que la definición del Código penal no ofrece margen para sostener una alternativa diferente, por más que, como en su momento señaló CÓRDOBA RODA, ello sea injusto». En cambio aunque estoy de acuerdo de *lege ferenda*, resulta difícilmente defendible de *lege data* la propuesta de PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I*, ob. cit., pág. 207: «La nueva redacción de la definición legal de la alevosía abre además unas posibilidades nada desdeñables para la extensión de la circunstancia en tales casos: si se interpreta la expresión ‘defensa por parte del ofendido’ en el sentido de *defensa efectuada en su favor o interés, aunque sea por terceros*, lo que es gramaticalmente posible, cabrían también admitir la alevosía en relación con ataques contra la vida de personas constitucionalmente indefensas cuando el sujeto utilice medios, modos o formas de ejecución que tiendan al aseguramiento sin riesgo personal y consistan precisamente en la neutralización de terceras personas dispuestas a intervenir en defensa de la víctima, como vienen admitiendo sin dificultad la doctrina y jurisprudencia alemanas».

⁷³⁹ Paradigmáticas las sentencias de los intentos de regicidio de Alfonso XII (STS de 27 de diciembre de 1878) y Alfonso XIII (STS 28 de agosto de 1913).

⁷⁴⁰ *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch* §§ 185-262, ob. cit., SCHNEIDER § 211, nm. 135, pág. 420: «Pero un cambio de perspectiva de este tipo sólo viene en consideración cuando la víctima misma no puede desplegar en absoluto ninguna reacción defensiva. Si ella dispone de posibilidades reducidas de defensa, no es admisible una evitación de la protección suplementaria del tercero [*Allerdings kommt ein derartiger Perspektivenwechsel nur in Betracht, wenn das Opfer selbst gar keine Gegenwehr leisten kann. Verfügt es über reduzierte Abwehrmöglichkeiten, ist ein Ausweichen auf zusätzliche Schutz durch Dritte nicht angängig*]».

dispensaba un tercero. Si el segundo de ellos, a partir de la reforma del Código penal producida por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 marzo, debe responder por un homicidio agravado del artículo 138.2 a) debido a la “especial vulnerabilidad” de la víctima «por razón de su edad, enfermedad o discapacidad», entonces al primero le debería corresponder *de lege ferenda* un desvalor mayor; el del asesinato alevoso. Porque éste al igual que el autor alevoso emplea medios, modos o formas que impiden el ejercicio de la legítima defensa, y aunque es cierto que no imposibilita tal ejercicio *directamente* a la víctima —porque el niño pequeño o el desvalido de por sí son incapaces de ejercer este derecho—, sí lo hace *indirectamente*, puesto que la víctima desvalida no cuenta con otra posibilidad de ejercerlo sino a través del ejercicio delegado de este derecho por el tercero, lo cual además resulta jurídicamente posible en cuanto que el ordenamiento jurídico en el artículo 20.4 autoriza a ejercer este derecho no sólo en defensa propia sino también ajena.

En último lugar, una excepción a la regla general de que los ataques a niños —u otros desvalidos— no tienen la consideración de alevosos se produce en los casos en que el autor ha elegido a la víctima en razón precisamente de su desvalimiento. Ya en sus *Comentarios al Código Penal* FERRER SAMA había advertido que «[s]i la consecución de los fines propuestos por el delincuente puede tener lugar de alguna otra forma que no sea la muerte de un niño, pudiendo lograrlos mediante la muerte de otra persona, el hecho de haber elegido como víctima al niño para aprovecharse de su estado de indefensión y de esta manera asegurar el delito y prevenirse contra el riesgo que procediera de la defensa, justificaría debidamente la apreciación de la alevosía. Por el contrario, cuando el objeto que el delincuente se propone alcanzar no pueda ser conseguido sino dando muerte a un niño indefenso, no habrá alevosía»⁷⁴¹.

A esta excepción, que permite considerar alevosos ciertos ataques a niños o desvalidos, se ha adherido nuestra doctrina⁷⁴², pero también es compartida por la

⁷⁴¹ FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código Penal*, ob. cit., pág. 339.

⁷⁴² CÓRDOBA RODA, Juan, «Artículo 22.1», ob. cit., pág. 274: «[...] la circunstancia de alevosía presupone, como ya antes se ha expuesto, el que el agente haya *querido* interponer un medio tendente al aseguramiento del resultado criminal, y en el ataque al menor *no pudo* el agente el agente prescindir de esa cualidad por ser inherente al sujeto pasivo». GÓMEZ RIVERO, Carmen, «Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal», ob. cit., pág. 44: «Y es que, cuando hasta ahora se ha negado la concurrencia de la alevosía allí donde el desequilibrio [sic] de fuerzas se debe a circunstancias relacionadas con la víctima se ha hecho referencia a los casos en los que su plan se concibe inequívocamente en relación con una determinada persona que se encuentra en condiciones de

doctrina alemana. Y sin duda tienen razón. Porque es cierto, como decía FERRER SAMA, que «la corta edad de la víctima es una circunstancia concurrente en el hecho [...] que no puede calificarse de *medio, modo* ni *forma* de ejecución»⁷⁴³. Pero esto ocurre sólo, como decía el profesor, «hablando en términos generales»⁷⁴⁴. Es decir, cuando se quiere atacar a una cierta persona determinada que además es desvalida, porque en estos casos el desvalimiento aparece realmente como una circunstancia concurrente inevitable; simplemente el autor no puede emplear ningún medio para acabar con su defensa debido a que la indefensión concurre ya como un hecho dado. Sin embargo, cuando el autor se propone un ataque contra alguien en razón de su desvalimiento, entonces la condición desvalida de la víctima ya no resulta una circunstancia concurrente —porque la víctima podría no ser alguien desvalido— sino que se presenta como un medio que aquél emplea para evitar la defensa que pudiera proceder de una víctima genérica que no fuera desvalida. O dicho con otras palabras, escoger a la víctima desvalida en razón de su desvalimiento es precisamente la forma que el autor tiene de eliminar la defensa⁷⁴⁵

minusvalía, algo que le resulta, por tanto, inevitable, insalvable, hasta el punto de que si no quiere realizar el hecho en tales circunstancias su única alternativa es renunciar por completo al plan proyectado. De forma distinta entiendo que deben valorarse aquellos otros supuestos en los que la identidad de la víctima aparece como un dato aleatorio en el plan del autor, quien ante la indiferencia *escoge selectivamente* a aquella que por su incapacidad, condición física o edad, no le opondrá resistencia. A diferencia de los anteriores, en estos supuestos sí puede decirse que el agente recurre, escoge un modo de ejecución que no viene impuesto por la finalidad o resultado que pretende conseguir, y en este sentido actúa alevosamente. Porque la debilidad del agredido no aparece ahora como una circunstancia inherente, inevitable para el autor, sino como el resultado de su maquinación orientada a conseguir el éxito, demostrando así el sentido de una concreta *elección* entre otras opciones posibles». ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La alevosía*, ob. cit., pág. 281: «De ahí que nos parecen acertadas y compartimos aquellas posiciones, como la del profesor Ferrer Sama que rechaza la tesis jurisprudencial, admitiendo únicamente que la muerte del menor de edad es alevosa, cuando el culpable opta por la muerte del niño como *medio* de ejecutar el hecho sin el riesgo que supondría el ataque al sujeto adulto». CAMARGO HERNÁNDEZ, Cesar, *La alevosía*, ob. cit., pág. 66 se adhiere expresamente a FERRER SAMA citándole. CASTELLÓ NICÁS, Nuria, «El asesinato y sus circunstancias», ob. cit., págs. 15 y s.: «Así, por ejemplo, no sería alevosa la muerte de una persona *querida* por el sujeto activo, con independencia de su situación desvalida, siendo ésta una circunstancia irrelevante, pues el autor no tiene la culpa de que su víctima, para quien desea la muerte, sea cual sea el motivo para ello, sea una persona desvalida. El que la víctima sea desvalida no es algo que pueda imputarse al autor del hecho. Diferente es el supuesto de quien no posee un objetivo claro seleccionado, que tiene intención de matara alguien, pongamos por caso, de otra raza o condición social, pero le da igual una u otra persona, decidiéndose finalmente por un niño o un inválido porque la ejecución le resulta más segura y sin riesgos». ÁLVAREZ GARCÍA, Javier, «Artículo 10.1», ob. cit., pág. 72: «[...] frente a determinados seres, piénsese en los tetrapléjicos o en personas cuya vida está en fase terminal y cuya existencia se desarrolla en una unidad de cuidados intensivos, cualquier modalidad ejecutiva ideada por el culpable no hubiera podido evitar la indefensión de la víctima».

⁷⁴³ FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código Penal*, ob. cit., pág. 339.

⁷⁴⁴ FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código Penal*, ob. cit., págs. 339.

⁷⁴⁵ De acuerdo STS 1114/2014 de 19 de marzo: «Es cierto que quien acaba con la vida de un recién nacido no tiene que desplegar un especial esfuerzo selectivo a la hora de decidirse por un medio de ejecución carente de riesgos. Pero también lo es que la propia selección de la víctima le garantiza una ejecución sin riesgo». El problema es que esta sentencia y la jurisprudencia en general del Tribunal Supremo creen que éste siempre es el caso, olvidando que en muchas ocasiones el autor no elige al niño o desvalido por razón

de la víctima. Por lo que será jurídicamente correcto en estos casos apreciar excepcionalmente la circunstancia.

El resto de los casos de desvalimiento constitutivo no susceptibles de entrar en esta excepción, y que conforme a la regla general no se identifican con supuestos de alevosía, tienen diferentes alternativas en función del tipo de delito a la hora de reconducir su desvalor. Si se trata de homicidios, a partir de la entrada en vigor de la reforma del Código penal de la LO 1/2015 de 30 marzo, se encontrarán subsumidos en el homicidio agravado del artículo 138.2 a) que atiende a la “especial vulnerabilidad” de la víctima «por razón de su edad, enfermedad o discapacidad». En cambio, si en estos casos se sigue el criterio del Tribunal Supremo de considerar alevosa toda muerte de un desvalido constitutivo las consecuencias penales que esperan al autor, a partir de la entrada en vigor de la reforma del Código penal de la LO 1/2015 de 30 de marzo, serán en general extremadamente rigurosas, desproporcionadas y además atentatorias contra el principio de *non bis in idem*. Porque una vez calificada, de acuerdo a la doctrina jurisprudencial, la muerte del desvalido constitutivo a causa de su desvalimiento como un asesinato alevoso del 139, la literalidad del artículo 140 obligará a la cualificar el asesinato por ser la víctima «persona especialmente vulnerable en razón de su edad, enfermedad o discapacidad» (2ª vez en que se toma en cuenta la condición de desvalimiento), infringiéndose el principio *non bis in idem* y dando lugar a la pena de prisión perpetua revisable. Esto hace que tras la reforma, a mi juicio, no sea posible seguir manteniendo el criterio jurisprudencial con arreglo al cual las muertes de desvalidos constituyen siempre comportamientos alevosos, de ahí que sería conveniente e incluso elogiable que el Tribunal Supremo abandonara de manera definitiva su doctrina de la alevosía por desvalimiento.

En caso de lesiones causadas a desvalidos constitutivos, se podrá apreciar unas lesiones cualificadas del artículo 148.2 cuando «la víctima fuera menor de doce años o incapaz» o en su caso del artículo 148.5 cuando «la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor». Las lesiones producidas a un desvalido no incluidas en ninguna de estas dos categorías constituirán unas lesiones

de su desvalimiento para evitar los riesgos procedentes de la defensa, sino por otros motivos.

básicas del 147.1 que se podrán agravar de manera residual con la circunstancia de abuso de superioridad.

4.4 Una modalidad especial: La alevosía doméstica o convivencial

Junto a las modalidades *usuales* de alevosía estudiadas hasta este momento —proditoria, sorpresiva y por desvalimiento—, en alguna de sus decisiones el Tribunal Supremo admite la modalidad *especial* de alevosía doméstica o convivencial. Ejemplo de ello es la STS 4641/2012 de 20 de junio⁷⁴⁶ en la que el Tribunal, aludiendo a una línea jurisprudencial de precedentes, sostiene lo siguiente: «Esta Sala ha admitido en ocasiones una modalidad especial de alevosía convivencial basada en la relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado (SSTS 16/2012, 20 de enero ; 1284/2009, 10 de diciembre y 86/1998, 15 de abril). Se trataría, por tanto, de una alevosía doméstica, derivada de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día».

Con la admisión de la alevosía doméstica o convivencial el Tribunal está autorizando para ciertos casos la interpretación, de origen en la doctrina alemana, de la alevosía basada en el quebrantamiento o ruptura de la confianza. Además el Tribunal adopta aquí una de sus versiones más restringidas, entendiendo la confianza en términos normativo-morales, es decir, como aquella confianza que dimana del estrecho vínculo personal —en este caso doméstico o convivencial— existente entre el autor y la víctima⁷⁴⁷.

⁷⁴⁶ Esta sentencia es citada literalmente en los mismos términos por la STS 825/2015 de 2 de marzo. Igualmente alude a la alevosía convivencial la STS 5166/2011 de 8 de julio: «No faltan precedentes en esta Sala en los que la significación alevosa de la agresión se enriquece a la vista de la existencia de una especial relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado (cfr. SSTS 1284/2009, 10 de diciembre y 86/1998, 15 de abril)».

⁷⁴⁷ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, ob. cit., pág. 234 y s.: «¡Si uno se pusiera por cierto sólo una vez en la situación de quien está decidido a matar y entonces retrocede espantado ante esta última infinita vileza, de matar a aquel que se ha puesto confiadamente en sus manos! Aquí se trata verdaderamente de la apelación moral a valores más intensa que se puede oponer a la voluntad de matar; y quien la pasa por alto ha obrado con ello motivado por aquella actitud más reprochable que representa solamente el asesinato [...] alevoso se muestra no un mero modo de comportamiento, sino por sí mismo el desvalor moral de la actitud de quien rompe de modo más deshonesto la confianza [Man versetze sich doch nur einmal in die Lage dessen, der zu töten entschlossen ist und nun zurückschreckt vor dieser letzten unendlichen Gemeinheit, denjenigen zu töten, der sich ihm

Ciertamente la primera crítica que se podría oponer frente a esta interpretación radica en su carácter excesivamente restringido, pues sólo permite identificar como alevosos aquellos casos donde la víctima mantiene un vínculo de convivencia con el autor. Pero aquí no debe desconocerse que la alevosía convivencial no representa para el Tribunal Supremo un criterio único sino adicional de determinación de la circunstancia que opera de manera supletoria o especial; frente a las modalidades *usuales* de alevosía se reconoce además la modalidad *especial* convivencial o doméstica.

Aunque nunca puede saberse a ciencia cierta, quizá el Tribunal Supremo con la introducción de la modalidad convivencial o doméstica ha podido albergar el propósito de luchar contra el fenómeno de la violencia de género o —antaño denominada precisamente— doméstica, buscando para estos casos la pena agravada aparejada a la circunstancia de alevosía. Sin embargo, cabe dudar, si este fuera el propósito, que la alevosía convivencial represente una solución frente a la violencia de género⁷⁴⁸. En primer lugar porque muchas víctimas de violencia de género no conviven ya con el autor, pues suele ser habitual que la violencia comience o se radicalice a partir de la ruptura (de la convivencia); el autor no es entonces «la persona con la que la víctima convive día a día». Pero aun en el caso de que conviva, es difícil sostener, como exige el Tribunal, que la víctima que sufre violencia de género confíe, a causa de la convivencia, en no ser objeto de un ataque. La convivencia, lejos de ser «generadora para la víctima

vertrauend in die Hand gegeben hat! Hier handelt es sich wahrhaftig mit um den stärksten sittlichen Wertanruf, der sich dem Tötungswillen entgegenstellen kann; und wer sich über ihn hinwegsetzt, der hat damit aus jener verwerflichsten Gesinnung gehandelt, die allein den Mord ausmacht [...] zeigt ‚heimtückisch‘ nicht eine bloße Begehungsweise an, sondern den selbständigen sittlichen Unwert der Gesinnung dessen, der Vertrauen in schimpflichster Weise bricht». HASSEMER, Winfried, «Die Mordmerkmale, insbesondere „heimtückisch“ und „niedrige Beweggründe“ - BGHSt 23, 119», ob. cit., pág. 630: «En cambio el pensamiento expuesto en especial por Schmidhäuser de reducir la circunstancia de alevosía a su razón normativa se corresponde con los fundamentos aquí desarrollados: una concreta relación de confianza determinada moralmente entre individuos que están uno con otro estrechamente vinculados [*Den hier entwickelten Grundlagen entspricht dagegen insbesondere von Schmidhäuser vorgetragene Gedanke, das Merkmal „heimtückisch“ auf seinen normativen Grund zurückzuführen: ein konkretes sittlich bestimmtes Vertrauensverhältnis zwischen einander nahestehenden Individuen*]».

⁷⁴⁸ Alguna sentencia del Tribunal Supremo también parece tener dudas al respecto. STS 648/2014 de 14 de febrero: «Junto a ello apreciamos singulares factores de agravación: es un episodio de violencia contra la mujer; revela ese latente ánimo de dominación o posesivo que ha justificado la legislación especial; nos hallamos ante una situación cercana a la alevosía —como se deduce de la sentencia anterior— y concurren elementos que el legislador considera reveladores de mayor gravedad: se perpetran los hechos en la vivienda común —vid. Arts. 153 y 173 CP— en el reducto de la vida familiar, en el espacio de privacidad en el que menos puede esperar alguien un ataque de ese tipo, lo que en ocasiones ha permitido hablar expresivamente, aunque sin afán de precisión dogmática, de ‘alevosía doméstica’. Esas circunstancias nos llevan a buscar dentro del recorrido de la pena imponible los tramos más altos: catorce años y seis meses de prisión, cercanos al máximo posible [subrayado mío]». A pesar de darse las condiciones de la alevosía doméstica en esta sentencia el Tribunal Supremo no apreció la alevosía.

de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado», lo que ha demostrado a la víctima de violencia de género es que tiene mucho que temer de su pareja, hasta el punto de que en lo que confía, contrariamente, es en que éste a la menor ocasión le producirá algún tipo de daño. De modo que si, como exige el Tribunal Supremo, en la modalidad convivencial debe apreciarse alevosía porque la convivencia generó confianza en no ser atacado, la aplicación de este criterio a los casos de violencia de género conduciría siempre a negar la circunstancia, dado que la convivencia lo que engendró fue, en cambio, cierta seguridad o confianza de la víctima en poder ser atacada en cualquier momento. Lo que representa justamente el objetivo contrario al supuestamente perseguido por el Tribunal Supremo de proteger a la víctima de violencia de género. Buen ejemplo de ello es la valoración jurídica del supuesto de hecho de la STS 409/2012 de 20 de enero: «Es cierto que esta Sala ha admitido en ocasiones una modalidad especial de *alevosía convivencial* basada en la relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado (SSTS 1284/2009, 10 de diciembre y 86/1998, 15 de abril). Se trataría, por tanto, de una *alevosía doméstica*, derivada de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día. Sin embargo, en el presente caso no se dan las notas que sugieren su aplicación. Según describe el hecho probado, el procesado —que había sido destinatario de una orden de alejamiento y prohibición de comunicarse con Adelina— pronunció distintas amenazas cuando ésta fue llamada por teléfono para que fuera a trabajar a un bar: ‘*te vas a enterar, te juro por mis hijas que te vas a enterar*’. Además, durante la tarde ‘... Héctor llamó por teléfono en varias ocasiones a Adelina, pidiéndole que regresara a casa y que si iban a quedar esa noche y al negarse ésta, el procesado se puso agresivo y la amenazó nuevamente; también le mandó un mensaje SMS que decía ‘bumm’. Todo indica, por tanto, que cuando Adelina vuelve a casa entre la 1 y las 3 de la madrugada, en compañía de su amiga Felicísima, conoce perfectamente el estado de ánimo del procesado, sabe que se ha pasado buena parte de la tarde haciéndole llegar mensajes conminatorios y conoce, en fin, la existencia fundada de una orden de protección y alejamiento».

Pero también es posible encontrar otros ejemplos, como la STS 4322/2013 de 18 de julio: «[...] lo cierto es que la Sala de Apelación explica ampliamente, en su Fundamento Jurídico Sexto, las razones por las que considera no suficientemente acreditada la concurrencia de dicha agravante. Razonamientos de todo punto lógicos y que no quedan desvirtuados por las anteriores alegaciones. [...] al apoyarse fundamentalmente la prueba de la alevosía en la confianza existente entre la víctima y su agresor cuando, antes al contrario, ha quedado probado, y así lo tiene por tal el propio Jurado, que Asunción era consciente del carácter violento de su ex esposo y de la grave irritación que a éste le producía el conflicto acerca de la guarda y custodia de la hija menor de ambos».

Pero tampoco parece que las consecuencias de la alevosía convivencial sean más halagüeñas para otros casos también discutidos⁷⁴⁹. Por ejemplo los supuestos en los que el autor —autora por lo general— acaba después de una humillante e insufrible convivencia con un tirano familiar. Aquí en efecto ha existido una relación de convivencia doméstica con el tirano, que además, a diferencia de lo que ocurría con la víctima de violencia de género, sí ha podido engendrar en él la confianza de que nada le ocurrirá. Porque precisamente no es extraño que la situación de predominio del tirano, la constante sumisión y humillación a las que somete a su víctima, le haga pensar que no tiene nada que temer una víctima a la que tiene anulada y dominada. Siendo así —ostentando una confianza basada en su posición dominante en la convivencia—

⁷⁴⁹ En este sentido RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (II)», ob. cit., pág. 4: «Por eso sorprende cuando los seguidores de la tesis de la confianza reconocen correctamente como casos problemáticos de alevosía suicidios que incluyen familiares, hechos por compasión y muertes pasionales en el ámbito íntimo y entonces exigen para la limitación de la circunstancia una ruptura reprochable de la confianza, aunque la existencia de una relación de confianza, de una relación personal puede ser apenas dudosa. Se tiene presente todas aquellas muertes que se desarrollan desde un enfrentamiento abiertamente hostil y que han llevado ahora al Tribunal Federal alemán a una limitación de su jurisprudencia [...] Debe nombrarse además el grupo de casos que puede describirse como la muerte a causa de la desesperación de tiranos familiares (atacados por la espalda o que duermen), la cual no quiere penarse como asesinato. También en los casos de compasión o eutanasia, sin duda no merecedores de la calificación de asesinato, existe por lo regular una relación de confianza (médico-paciente, familiar-enfermo) [*Es überrascht daher, wenn Anhänger der Vertrauensthese Selbstmorde unter Einbeziehung von Familienangehörigen, Mitleidstaten und Affekttötungen im Intimbereich richtig als problematische Heimtückefälle erkennen und dann zur Einschränkung des Merkmals einen verwerflichen Vertrauensbruch fordern, obwohl das Bestehen eines Vertrauensverhältnisses, einer personalen Beziehung kaum zweifelhaft sein kann. Man vergegenwärtige sich all diejenigen Tötungen, die sich aus einer offen feindseligen Auseinandersetzung entwickeln und die den BGH nun zur Einschränkung seiner Rechtsprechung veranlaßt haben [...] Zu nennen ist ferner die Fallgruppe, die dich als Verzweiflungstötung des (schlafenden oder hinterrücks angegriffenen) Familientyrannen umschreiben läßt, die man nicht als Mord bestrafen will. Auch bei den zweifellos mordunwürdigen Mitleids- oder Euthanasiefällen liegt in der Regel ein Vertrauensverhältnis (Artz-Patienten, Angehöriger-Kranker) vor*].».

debería de acuerdo al criterio de la alevosía convivencial apreciarse generalmente, por desaconsejable que parezca, la circunstancia para los supuestos de muerte de un tirano familiar.

Pero también surgen dificultades con la alevosía convivencial en los casos de muerte por compasión. Ocurre que normalmente estas muertes se producen en el seno de la familia; se llevan a cabo por una persona que convive y está al cuidado de un familiar al que ve, no sin gran sufrimiento por su parte, deteriorarse irremisiblemente y padecer a lo largo del proceso degenerativo. Dado que en estos casos puede afirmarse que el autor convive con la víctima y que ésta no teme nada de él pues, al contrario, vela por su cuidado y persona, deberá estimarse de acuerdo al criterio de la alevosía convivencial un asesinato alevoso que además, a partir de la entrada en vigor de la reforma del Código penal de la LO 1/2015 de 30 de marzo, se convertiría en un asesinato cualificado del 140 por ser la víctima «persona especialmente vulnerable en razón de su edad, enfermedad o discapacidad», dando lugar a la pena de prisión perpetua revisable. Pero esta pena resulta extraordinariamente rigurosa e injusta para la generalidad de estos casos.

El rechazo, en definitiva, a la modalidad especial convivencial o doméstica se basa en que la apreciación de la alevosía no puede depender del hecho desnudo de la convivencia y de la confianza resultante de ella que tuviera la víctima, sino, como he reiterando en este trabajo, de los modos ejecutivos del autor. Una víctima de violencia de género puede no convivir con el autor o hacerlo pero no confiar en su pareja, y a pesar de ello sufrir un ataque alevoso, porque su agresor siempre la puede sorprender empleando un medio o forma de ejecución que elimine su posibilidad de defensa. Igualmente un tirano familiar puede convivir día a día con su víctima y confiar en que ésta no le atacará, pero no tiene por qué afirmarse alevosía si la autora causa su muerte cara a cara sin impedirle defenderse. Y, por último, la muerte por compasión no tiene que calificarse de alevosa aunque la víctima conviva y confíe en el autor, si éste no ha empleado ningún medio ejecutivo para acabar con la defensa de su familiar, sino que era la propia condición terminal de la víctima la que imposibilitaba toda defensa. Pero además de la cuestionable solución que el criterio convivencial ofrece a esos casos, también resultan objetables las paradojas en materia de autoría y participación a las que

conduce la aplicación de este criterio. Bastará para acabar con citar dos ejemplos anteriormente mencionados ofrecidos por RENGIER. El primero de autoría: «Si un autor que ha sido pagado quiere matar a la esposa mediante una carga explosiva acoplada a un interruptor, entonces debe excluirse un comportamiento alevoso, en cambio si hace lo mismo el marido, entonces tendría que ser posible el asesinato»⁷⁵⁰. Y el segundo de participación: «¿Debe ser la muerte del marido durmiente, cometido en coautoría por la mujer y su amante, alevosa sólo respecto de la mujer?»⁷⁵¹.

⁷⁵⁰ RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (II)», ob. cit., pág. 5: «Wenn ein gedungener Täter die Ehefrau durch einen mit einem Lichtschalter gekoppelten Sprengsatz töten will, so soll heimtückisches Handeln ausscheiden, tut dagegen der Ehemann dasselbe, müßte Mord möglich sein».

⁷⁵¹ RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (II)», ob. cit., pág. 5: «Soll die mittäterschaftliche Tötung des schlafenden Ehemannes durch die Ehefrau und ihren Geliebten nur bezüglich der Ehefrau heimtückisch sein?».

CONCLUSIONES

PRIMERA. Se ha dedicado el primer capítulo de la tesis al análisis del fundamento de la circunstancia de alevosía, con lo que no se pretende sólo una finalidad teórica, sino un objetivo práctico-intepretativo, esencial en esta figura, y que ayuda a delimitar su ámbito de aplicación, sobre todo en relación con supuestos tradicionalmente polémicos en doctrina y jurisprudencia como pueden ser, entre otros, los casos de personas desvalidas, niños, tiranos familiares, etc. Para establecer el fundamento de la alevosía se ha trabajado no sobre los elementos de la circunstancia, como es tradicional, sino intentando encontrarlo fuera de ella, pero dentro del sistema. En este sentido partimos de la tarea del Derecho penal, que establecemos de antemano como fundamento del sistema, comprobando si de acuerdo con esta finalidad o tarea es posible fundamentar la circunstancia de alevosía.

SEGUNDA. Aunque la tarea o finalidad del Derecho penal no coincide exactamente con los propios fines de la pena, en cambio éstos sí constituyen el camino con el que puede conseguirse esa meta. De ahí que sea necesaria una aclaración suficiente acerca del porqué de la selección de los fines de la pena, que habrán de ser tomados como fundamento posible de la norma de la alevosía. Dado que el objeto de la tesis no es una discusión sobre las teorías de la pena, se ha considerado, una vez analizadas las diversas posturas, que tanto los fines preventivos generales como la retribución aparecen como principios legítimos capaces de ofrecer un fundamento sólido para la circunstancia de alevosía, aunque para ello, se han enfrentado ciertos reparos frente al criterio de retribución, adoptado este principio sólo desde un punto de vista garantístico —únicamente imponer la pena porque se ha delinquido y nunca en una proporción mayor de aquella en la que se ha delinquido—.

TERCERA. El único hecho que parece indiscutido para la doctrina penal respecto de las circunstancias modificativas consiste en que éstas conllevan una modificación la responsabilidad penal. De ahí que la cuestión de «¿cuál es el fundamento de una circunstancia?» pueda quedar perfectamente reformulada en esta otra de «¿cuál es el fundamento de una modificación de la pena?». En realidad sería lícito defender que, en cierto sentido, en las circunstancias modificativas de la responsabilidad la pena no se ve

por lo general modificada, porque en la mayoría de los casos lo que ocurre, según los artículos 66 y 70 del Código penal, es sólo que dentro del marco penal establecido legalmente se obliga al juez a imponer la pena bien en su mitad superior o bien en su mitad inferior. De este modo las circunstancias no deben caracterizarse identificando a las agravantes con una mayor pena y a las atenuantes con una menor pena, porque frecuentemente con las circunstancias la pena no se convierte en mayor o en menor sino que únicamente se establece en la mitad superior o inferior del marco penal abstracto fijado para el delito. En cambio, es adecuado sostener que en las circunstancias la pena se modifica en el sentido de que en las agravantes la pena se agrava (aunque no se haga mayor) y que en las circunstancias atenuantes la pena se atenúa (aunque no se haga menor), porque en las agravantes se da lugar a un marco penal agravado (que limita la discrecionalidad del juez impidiéndole la imposición de la pena en su mitad inferior) y en las atenuantes a un marco penal atenuado (que limita de nuevo la discrecionalidad del juez impidiéndole imponer la pena en su mitad superior).

CUARTA. Si los fines de la pena constituyen el fundamento de la imposición de la pena —que no puede entenderse ni imponerse como pena mientras sea una mera causación de un mal que no sirva a ningún fin de la pena—, también han de poder explicar la imposición de un agravamiento o atenuación de la penalidad —de modo que igualmente sólo sea posible imponer una modificación de la pena en tanto responda a finalidades de la pena—. La modificación de la pena al ser una pena sólo que modificada se fundamenta, como toda pena, en llevar a efecto los fines atribuidos a la pena en referencia al delito, sólo que circunstanciado. Entender a las circunstancias de manera distinta conduce a la arbitrariedad de que las modulaciones de pena no respondan a la necesidad de hacer efectivo fin alguno de la pena, con lo que entonces habría que preguntarse ¿con que finalidad se imponen entonces? Pero, concretando más la respuesta, es posible distinguir entre los dos tipos principales de circunstancias. Para las agravantes el fundamento consiste en volver a realizar los fines de la pena, cuando la pena anterior menos grave destinada al tipo no circunstanciado ya no logra realizarlos por haberse incorporado al delito una circunstancia adicional, y de igual modo el fundamento de las atenuantes consiste en cumplir de nuevo los fines, cuando la pena anterior más grave del tipo no circunstanciado no consigue cumplirlos debido a la integración de una nueva circunstancia en el delito.

QUINTA. Si se interpretan las circunstancias modificativas desde la retribución, entonces en las agravantes un aumento de la gravedad de la pena se debe fundamentar en retribuir el delito. Pero, ¿por qué para la retribución no alcanza la cantidad preexistente de pena? Sólo puede existir una razón; porque el delito que se quiere retribuir se ha hecho más grave, de modo que la cuantía que existía de pena, no alcanza a retribuir. Un aumento de la gravedad de la pena —circunstancia agravante— tiene entonces su fundamento en lograr retribuir de nuevo cuando el delito se ha agravado. De esta forma, desde el fin de retribución la causa última de toda circunstancia agravante debe buscarse en el ámbito de la teoría del delito, esto es, en la mayor gravedad del delito.

SEXTA. Si se interpretan las circunstancias modificativas desde la prevención, en las agravantes un aumento de la gravedad de la pena debe encontrar su fundamento en motivos preventivos. Pero, ¿por qué no basta para prevenir la cuantía de pena anterior y se requiere agravarla? En principio la agravación de la pena podría obedecer a dos causas: o bien prevenir (generalmente) un aumento de la gravedad del delito, que la pena anterior menos grave se ha vuelto incapaz de prevenir (generalmente) por ser su cuantía inferior a la nueva gravedad, o bien, segunda causa, que la agravación de la pena se deba a cuestiones preventivas al margen de una mayor gravedad del delito. La primera causa es aceptable desde el punto de vista de la prevención general; para prevenir si bien no especialmente, sí frente a la colectividad la pena no ha de ser de inferior cuantía a la correspondiente a la gravedad del delito pues en otro caso difícilmente apartaría a los demás del delito. Prevenir generalmente, por tanto, exigirá que incrementado el delito en su gravedad se aumente la cantidad de pena. En cuanto a la segunda causa debería quedar descartada conforme al principio de proporcionalidad; si no se quiere vulnerar este principio, exigido por el Estado de Derecho y la propia eficacia de la prevención, no debería incrementarse la pena por encima de la gravedad del delito. En conclusión, desde el fin de la prevención un aumento de la gravedad de la pena —circunstancia agravante— sólo puede fundamentarse, si no se quiere atentar contra el principio de proporcionalidad, en lograr volver a prevenir (generalmente) un delito que ha devenido más grave.

SÉPTIMA. En la medida en que la circunstancia de alevosía forma parte del conjunto de agravantes, también deberá compartir el fundamento genérico que pertenece a todas. Pues bien, si el fundamento de las agravantes debe radicar en retribuir o prevenir (proporcionada o eficazmente) un delito que se ha convertido en más grave, entonces la indagación acerca de la fundamentación de la alevosía debe continuarse en el ámbito de la mayor gravedad del delito. Esto significa que para que la alevosía esté fundamentada en los fines de retribución o de prevención se deberá localizar dentro la descripción de la circunstancia del artículo 22.1 del Código penal razones de una mayor gravedad del delito. Si esto no fuera posible, entonces la circunstancia carecerá de fundamento desde la perspectiva de ambos fines; sin una mayor gravedad del delito no existirá justificación alguna para aumentar la pena ni desde el punto de vista de la retribución, porque todo aumento de pena supone que se está retribuyendo una mayor gravedad del delito, ni tampoco desde una consideración preventiva proporcionada y eficaz, porque aquí también no vulnerar el principio de proporcionalidad ni contrarrestar la eficacia de la prevención exige que todo aumento de pena se acompañe necesariamente de una mayor gravedad del delito. No obstante la argumentación anterior sirve *en principio* cuando se toma a la figura de la alevosía bajo la consideración de circunstancia agravante. Sin embargo, lo habitual, en cambio, es que despliegue su eficacia como circunstancia cualificante del delito de asesinato del artículo 139 del Código penal, y en menor medida de las lesiones cualificadas del artículo 148.2. En estos casos la agravación de la responsabilidad, a diferencia de cuando la alevosía funciona como agravante, no consiste en la restricción en la mitad superior del marco penal fijado para el delito básico, sino en el establecimiento de un marco penal nuevo para el delito cualificado de asesinato o lesiones. Ahora bien, no existe ninguna dificultad para extender la argumentación anterior también a estos casos; si la causa para imponer la pena, cuando la alevosía era una agravante, en su mitad superior se encontraba, desde la perspectiva de los fines de la pena, en una agravación del delito, lo mismo deberá ocurrir con mayor razón con una agravación de la responsabilidad más acusada que consiste ahora, cuando la alevosía es una circunstancia cualificante, en una imposición de un marco penal superior. De esta forma una fundamentación retributiva o preventiva de la figura de la alevosía, se la entienda como circunstancia agravante o como

circunstancia cualificante del asesinato o las lesiones, exigirá siempre la existencia de un delito más grave.

OCTAVA. En la doctrina no ha sido en absoluto extraño que una larga serie de autores hayan venido vinculado la circunstancia de la alevosía a la presencia en el delito de un mayor grado de gravedad. Para explicar el aumento de gravedad del delito se han manejado tres soluciones: a) la solución de la especial peligrosidad del modo de ejecución alevoso [*Gefährlichkeitslösung*], b) la solución de la actitud especialmente reprochable del autor que quebranta la confianza de la víctima [*Vertrauenslösung*] y c) la solución victimo-dogmática basada en la falta de corresponsabilidad de la víctima. En cuanto a la primera solución el peligro originado en la comisión alevosa carece tanto desde el punto de vista cuantitativo (plus de peligro) como desde el punto cualitativo (tipo de peligro) de un carácter especial sobre el que fuera posible fundamentar una mayor gravedad del delito. Respecto a la segunda solución, el criterio de confianza ni en sentido psicológico, ni moral, ni incluso normativo-jurídico puede motivar un especial reproche que haga el delito más grave. Por último la solución victimo-dogmática es también rechazable porque para fundamentar la mayor gravedad del delito apela a un deber de defenderse de la víctima que difícilmente se encuentra contenido y amparado en nuestra legislación penal.

NOVENA. Si bien una *obligación* de defenderse no puede ser exigible a la víctima, esto no significa que se haya privado a la víctima del *derecho* a defenderse precisamente en aquel momento en que el Derecho penal se muestra incapaz de defenderla. Cuando la víctima, en un caso así, está enfrentada a su autoprotección, puede adoptar diferentes posiciones, lo que a su vez acarreará también diferentes consecuencias desde la perspectiva de la dogmática penal. La víctima, en primer lugar, puede decidir defenderse, de modo que si lo hace legítimamente, su acción defensiva se encontrará enteramente justificada por el Derecho. Pero también podría optar, en segundo lugar, por no defenderse. Si como creen los partidarios de la victimología existe una obligación de protegerse, entonces la actitud negligente de la víctima frente a dicha obligación conlleva que sea desprotegida por el Derecho penal; al autor se le descarga o incluso excluye su responsabilidad penal, a consecuencia de que la víctima era responsable en parte o totalmente de lo que le ha ocurrido. Sin embargo, si, como aquí

se piensa, la defensa no constituye una obligación sino un derecho, no parecen posibles dichas consecuencias negativas para la víctima, porque quien no ejerce un derecho no debe verse perjudicado más allá de los efectos mismos de su no ejercicio. Pero todavía es posible una tercera situación para la víctima, con la que además se impide su decisión entre las dos anteriores opciones; que la víctima ni siquiera pueda elegir entre defenderse o no, porque precisamente el autor le haya quitado la posibilidad de defensa. Cuando el autor quita a la víctima esta posibilidad, la priva de la posibilidad de ejercer la legítima defensa reconocida en el artículo 20.4 del Código penal. A diferencia de las causas de exculpación que no otorgan un derecho a actuar del modo en que se actuó, con la legítima defensa nos encontramos ante una causa de justificación, por la que el Código está concediendo a la víctima una autorización para actuar defendiéndose, es decir, un derecho de defensa que el autor está obligado a soportar. Si atendemos tan sólo a la cuestión formal de que el autor, estando obligado a soportarlo, ha impedido el ejercicio de un derecho, ya se entiende que su comportamiento se convierte en más grave, porque al injusto de atacar a la persona de la víctima, se debe además añadir lo injusto de haber infringido el derecho legítimo de ésta a defenderse. Que aquí aparece un injusto adicional parece evidente, pues no resultaría sistemáticamente coherente que el Código penal conceda el derecho a defenderse, y sin embargo no considerara contraria a Derecho su vulneración.

DECIMA. Esta última situación de la víctima, en la que se le imposibilita la defensa, es la descrita para los casos de alevosía cuando el artículo 22.1 del Código penal en su parte final se refiere a que el autor comete el hecho «sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido». Y la razón de que estos casos se consideren más graves reside en que el autor priva a la víctima de su derecho legítimo a defenderse. Esta solución podría denominarse de la legítima defensa invertida, pues no trata, como resulta habitual, de extraer las consecuencias de la legítima defensa para quien la ejerce, sino inversamente de explicar qué efectos jurídicos produce en quien impide su ejercicio. Pues bien, la consecuencia penal para el autor de impedir ejercer a la víctima la legítima defensa debe consistir, atendiendo a que al injusto de atentar contra su persona añade el injusto de vulnerar su derecho de defensa, en que el delito se considere más grave calificándose como alevoso.

DECIMOPRIMERA. Para que la alevosía estuviera fundamentada en los fines de retribución o de prevención era necesario localizar dentro la descripción de la circunstancia del artículo 22.1 del Código penal razones de una mayor gravedad del delito, pues en caso de que esto no fuera posible, entonces la circunstancia carecería de fundamento desde la perspectiva de ambos fines; sin una mayor gravedad del delito no existiría justificación alguna para aumentar la pena ni desde el punto de vista de la retribución, porque todo aumento de pena supone que se está retribuyendo una mayor gravedad del delito, pero tampoco desde una consideración preventiva proporcionada y eficaz, porque aquí también no vulnerar el principio de proporcionalidad ni contrarrestar la eficacia de la prevención exige que todo aumento de pena se acompañe necesariamente de una mayor gravedad del delito. A partir de la solución de la legítima defensa invertida ha sido posible localizar la causa de la mayor gravedad del delito cometido con alevosía. Ello se debe a que el autor alevoso cuando comete el delito contra las personas, al impedir ejercer a la víctima la legítima defensa, añade al injusto de atentar contra su persona el injusto de vulnerar su derecho de defensa. Esto permite que la alevosía esté fundamentada en los fines de retribución y de prevención. Es ahora cuando puede ofrecerse finalmente una formulación completa del fundamento de la circunstancia; el fundamento la alevosía radica en retribuir o prevenir (proporcionada o eficazmente) un delito que se ha convertido en más grave porque se ha infringido el derecho de la víctima a ejercer su defensa.

DECIMOSEGUNDA. A la vista de la definición de la alevosía en el artículo 22.1 del Código penal es evidente el esfuerzo del legislador por proporcionar una descripción detallada y exhaustiva de la figura. Este hecho no impide, sin embargo, que el intérprete penal se encuentre en no pocas dificultades a la hora de explicar la circunstancia y ofrecer de ella un tratamiento sistemático, y que en este sentido la alevosía continúe siendo una de las circunstancias más problemáticas y discutidas. La mayor dificultad reside en encontrar un enfoque desde el que individualizar los diferentes elementos que configuran la definición de alevosía y establecer la manera en que quedan estructurados recíprocamente. Ese punto de partida no se halla en la tantas veces discutida naturaleza objetiva o subjetiva de la alevosía. Más interesante que adoptar este enfoque, resulta

tratar de entender y analizar esta figura jurídica desde la perspectiva del fenómeno de la acción. El artículo 22.1 describe de este modo una modalidad de acción. Es decir, cuando el Código define la alevosía no ocurre como en otros artículos donde se determina materialmente *qué* (delito) comete el autor, sino que, en cambio, se describe formalmente *cómo* lo comete. Así mientras en el artículo 138 se dice que lo que *materialmente* comete el autor es matar a otro, en el artículo 22.1 sólo se describe una *forma* de actuar. En realidad para el 22.1 lo auténticamente relevante no es *qué* haga el autor, pues basta que adopte como contenido o *materia* de su acción teóricamente cualquiera de los delitos contra las personas, sino que lo determinante está en la *forma* cómo lo haga. El auténtico sentido del artículo 22.1 estriba, entonces, no en agravar la pena en función a *qué* hace el autor, pues aquello que hace (matar, lesionar, etc.) se encuentra ya regulado con su correspondiente pena en cada uno de los correspondientes delitos contra las personas y desde luego no necesita volver a ser regulado y menos penado más gravemente en el artículo 22.1, sino en función a *cómo* lo hace. Sin embargo, aunque lo determinante para agravar el delito y la pena es la *forma* de comisión, esto no significa que la *materia* del delito carezca de toda importancia y no esté presente en la definición. Ocurre más bien al contrario, pues una *forma* de comisión, para estar definida, necesita ser remitida a aquello que *materialmente* se comete; resulta imposible definir el modo en que se comete algo, sin nombrar ya ese algo que se comete. Así, la alevosía es una modalidad, pero una modalidad de cometer algo determinado, esto es, un delito contra las personas. De acuerdo a este esquema en el artículo 22.1 se describe una manera especial o directa (el *cómo* del delito: *forma*) de cometer delitos contra las personas (el *qué* del delito: *materia*).

DECIMOTERCERA. Conforme a este esquema *formal-material* se dejan clasificar los tres elementos característicos que cabe entresacar de la definición de la alevosía: i) el empleo de medios, modos o formas, ii) la eliminación de la defensa del ofendido y iii) el aseguramiento del delito. Los dos primeros elementos del i) empleo de medios, modos y formas y ii) la eliminación de la defensa constituyen el *cómo* del delito (su forma), mientras el *qué* del delito (su materia) viene dado por el tercer elemento del iii) aseguramiento de teóricamente cualquier delito contra las personas. O más simplemente, cuando nos preguntamos en cualquier supuesto de alevosía *¿qué* delito comete o asegura el autor?, la respuesta será alguno de los delitos contra la vida (iii),

mientras que si la pregunta es ¿cómo lo comete o asegura? habrá que contestar empleando medios, modos o formas (i) que eliminen la defensa de la víctima (ii).

DECIMOCUARTA. En la redacción del artículo 22.1 se hace referencia a quien comete un delito contra las personas «empleando en la ejecución medios, modos o formas». El legislador al utilizar los términos «medios, modos o formas» pretende aludir a la manera o modalidad en que se ejecuta la acción delictiva, es decir, con estas tres palabras se está siempre señalando a cómo —a través de qué modos, medios o formas— se realizan acciones. Puesto que en Derecho penal se admite tanto la modalidad de actuación comisiva como la omisiva es necesario establecer si la modalidad alevosa se identifica con un actuar positivo o también puede ser realizada mediante un no actuar. En la medida en que «medios, modos o formas» significan dentro del contexto del artículo aquella específica modalidad de ejecución delictiva consistente en la eliminación de la defensa de la víctima, con carácter general resultara altamente improbable que el autor consiga eliminar la defensa si no es actuando positivamente. Si omite, en cambio, difícilmente logrará la anulación de la capacidad de defensa de la víctima, que es característica de la modalidad alevosa. Pese a la dificultad, excepcionalmente es posible pensar en la existencia de supuestos de comisión por omisión donde el autor garante logra anular la defensa de la víctima sin necesidad de desplegar un comportamiento activo al no cumplir con su deber de garantía.

DECIMOQUINTA. En cuanto a la comisión activa de la alevosía se plantea si debe el autor alevoso con su actuación positiva impedir de manera física o material la defensa de la víctima, o bastaría que le impidiese defenderse a través de su influjo psíquico o moral sobre la víctima. *En principio* parece acertado que la agresión psíquica no debe considerarse normalmente alevosa simplemente porque con ella *generalmente* no se impide por completo a la víctima la posibilidad de ejercitar su legítima defensa, que es lo exigido por el artículo 22.1. Mientras el ataque del autor quede circunscrito al plano moral, la víctima *por regla general* conservará, pese a sus estados psíquicos de miedo, temor, etc., cierta capacidad de defenderse y no podrá hablarse de alevosía. Pero esta afirmación no impide a su vez aceptar que *excepcionalmente* en el caso de cierta clase de víctimas el influjo psicológico del autor puede ser eficaz para anular por completo toda capacidad de reacción. Se trata, precisamente, de aquellos sujetos que no pueden

ser víctimas de una inducción al suicidio sino sólo de un homicidio o asesinato en autoría mediata, porque en ellos el influjo de autor actúa plenamente anulado toda capacidad de oposición. Por ejemplo, casos en los que el autor provoca un miedo *insuperable* o un error *invencible* en la víctima con el que desconecta, no física pero sí psicológicamente dado el carácter insuperable o invencible del influjo, sus capacidades de defensa.

DECIMOSEXTA. El artículo 22.1 al recoger la expresión «empleando en la ejecución modo, medios o formas» deja inequívocamente claro que el empleo de la modalidad alevosa ni tiene lugar en un momento *anterior* a la ejecución —actos preparatorios—, ni tampoco en uno *posterior* a la ejecución —con vistas a la impunidad—, sino *a lo largo del desarrollo* de la ejecución. El problema es entonces cuando comienza la ejecución, a partir de la cual y en la cual se deben emplear los medios alevosos. En este trabajo se comparte una concepción de ejecución que entiende la acción típica en sentido *amplio* (teoría material), es decir, en el sentido de que la acción típica no quede restringida a su *estricta* realización que en muchos casos se identifica ya con la consumación (teoría formal). La razón de esta elección se debe, al menos en el caso de la alevosía, a que si nos atenemos a la acción típica estricta y no tomamos en cuenta un campo previo más amplio en muchas ocasiones la propia acción perdería parte de su propio significado; el modo o forma como se realiza. Para determinar el campo previo a la estricta realización típica en el que ya, sin embargo, comenzaría la ejecución debe tenerse en cuenta el criterio *subjetivo* del plan del autor pero tomando además como criterio fundamental de *objetivación* la inmediatez temporal. De esta manera que los medios alevosos tienen lugar *en la ejecución* significa que el empleo de tales medios pertenece al plan de autor pero atendiendo al dato objetivo de que dicho empleo es si no coetáneo, al menos inmediatamente anterior a la realización de la acción típica *estricta*. Y lo que garantiza que los medios alevosos son inmediatamente anteriores es que el efecto de su empleo —la indefensión de la víctima— está dirigido directamente (tiende directa o especialmente) a la realización de la acción típica estricta. Cuestión ciertamente compleja relacionada con la anterior es la de si los «medios, modos o formas» empleados en la ejecución deben abarcarla en todo su desarrollo o en cambio pudieran sobrevenir durante la ejecución en un momento posterior a su iniciación. En este punto debe darse la razón a quienes niegan la posibilidad de una alevosía sobrevenida, porque

al no haber empleado el autor desde el inicio una modalidad que eliminara la defensa ha permitido a la víctima durante el ataque la posibilidad de defenderse. Evidentemente si el ataque al final tiene éxito, la víctima habrá quedado en un momento dado indefensa, pero eso no significa que el autor haya suprimido su capacidad para defenderse, sino que la víctima, a pesar de haber contado con dicha capacidad desde el principio del ataque, no supo ejercerla, no quiso o el propio azar, que no le autor, se lo impidió. Por supuesto, que la víctima quede de manera sobrevenida indefensa no sólo es posible, sino que ocurre en todos los ataques exitosos contra la vida o la integridad física, pero lo que no puede sobrevenir es el ataque alevoso, es decir, que habiendo concedido el autor a la víctima la capacidad de defenderse, de repente, porque el autor tiene éxito en su ataque, ocurra que no se la ha concedido. En cambio resulta posible el caso opuesto de una “alevosía decaída”, es decir, aquel caso en que el autor comienza empleando una modalidad que desconecta las posibilidades de defensa de la víctima, pero a pesar de ello fracasa en su intento de ataque, con lo que la víctima ya apercibida recupera su capacidad de defenderse, siendo entonces cuando el autor consigue finalmente su objetivo. Que este caso merece ser calificado de alevoso no debe admitir duda desde que sucede aquí aquello que no ocurría en la alevosía (supuestamente) sobrevenida, es decir, en este caso el autor efectivamente en su primer intento, aunque fracase, elimina la capacidad de defensa de la víctima.

DECIMOSÉPTIMA. El segundo elemento que completa la descripción de la *forma* de comisión alevosa se identifica con la eliminación de la defensa. A ésta se refiere el artículo 22.1 en su cierre con la siguiente fórmula: «sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido». Frente a las tesis que o bien equiparan la fórmula “sin el riesgo” con la *tendencia* a que se alude en el 22.1 o bien la conectan directamente a la comisión de cualquiera de los delitos contra las personas, aquí se defiende una tercera interpretación. El cierre del artículo está vinculado a los “medios, modos o formas”, en el sentido de que la cláusula “sin riesgo” define la naturaleza de los “medios, modos o formas” mencionados anteriormente en el 22.1, informándonos de que lo característico del empleo de tales “medios, modos o formas” alevosos consiste en eliminar el riesgo procedente de la defensa del ofendido. De este modo la fórmula “sin el riesgo” sirve para completar la descripción típica de la forma de comisión alevosa. El legislador en el artículo 22.1 no puede contentarse con establecer

que la modalidad alevosa consiste en emplear «modos, medios o formas» en la ejecución para asegurarla, sin a su vez caracterizar a esos concretos «modos, medios o formas»; se trata de aquellos que empleados por el autor en la ejecución permiten que se desarrolle «sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido».

DECIMOCTAVA. Igualmente en relación con la fórmula «sin el riesgo que para su defensa pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido» es necesario determinar en qué relación se encuentran los dos elementos de que se compone, es decir, por una parte el *riesgo* para la persona del autor y por otra la *defensa* por parte del ofendido. Que ambos elementos parezcan asimilables resulta perfectamente comprensible, pues de una parte parece que si la víctima está indefensa no se da riesgo para el autor que exige el 22.1, y de otra inversamente que si no existe el riesgo exigido por el 22.1 es porque la víctima está indefensa. Al menos ésta parece la perspectiva del artículo 22.1 de identificar *riesgo* y *defensa*, pues según su texto no le interesan otros riesgos que no sean los que proceden de la defensa de la víctima. En este sentido *riesgo* y *defensa*, como las dos caras de una misma moneda que no se dan una sin la otra, son asimilables. La única manera de que no lo fueran, y que, entonces, aunque existiera defensa de la víctima pudiera no haber riesgo para el autor, sería utilizar una acepción de defensa no agresiva, que no conllevara riesgo alguno para el atacante. Sin embargo, es evidente que la defensa no agresiva no es a la que se refiere el 22.1, y no lo es porque este artículo habla de una defensa de la que pudiera proceder un riesgo para el atacante, cosa que no ocurre con la defensa meramente defensiva, que se caracteriza por no generar riesgo alguno para el atacante. En realidad —y esto confirma el fundamento propuesto en el primer capítulo para la circunstancia— la noción de defensa mencionada en el 22.1 es la propia de la legítima defensa recogida en el artículo 20.4 del Código penal. La defensa autorizada en este último artículo como legítima no es la defensiva, sino la agresiva, aquella que provoca un riesgo o incluso una lesión para la persona del atacante, riesgo o lesión que en general no están permitidos, y que por ese motivo necesitan la justificación especial del 20.4. Entendida la defensa, según lo exige el artículo 22.1, como defensa agresiva (en el sentido del 20.4), aunque *riesgo* y *defensa* no sean conceptualmente idénticas —ambas nociones varían en su enfoque: lo que desde la perspectiva del autor es un riesgo desde la de la víctima es una defensa—, sí resultan, en

cambio, asimilables en cuanto se co-implican mutuamente —eliminar el riesgo del autor implica siempre en función del 22.1 eliminar la defensa de la víctima y a su vez eliminar la defensa de la víctima implica recíprocamente eliminar el riesgo para el autor según lo quiere el 22.1—. De todo lo anterior se debe extraer la siguiente conclusión acerca de la eliminación del riesgo de la defensa: la “eliminación del *riesgo*” se puede de manera legítima nombrar en el marco del artículo 22.1 como “eliminación de la *defensa*”, pues con ello lo único que se hace es decir desde la perspectiva de la víctima (*defensa*) lo que antes se nombraba desde la perspectiva del autor (*riesgo*). Pero no sólo legítimo sino incluso más acertado, porque al decir “eliminación del riesgo” podemos estar nombrando diferentes riesgos para el autor, de los cuales al legislador sólo le ha interesado uno, el que procede la defensa de la víctima.

DECIMONOVENA. Una cuestión vinculada con la anterior consiste en determinar cuál sea el tipo concreto de defensa eliminada en la comisión alevosa por el autor. Como queda dicho el artículo 22.1 se refiere a la *posible* defensa *agresiva* de la víctima, en cuanto que en el artículo se exige que la defensa pudiera (*posible*) causar un riesgo para la persona del autor (*agresiva*). No será necesario, sin embargo, que elimine también la posibilidad de una defensa puramente protectora, motivo por el cual la realización por la víctima de una defensa *no agresiva* no excluye la posibilidad de apreciar alevosía. Para continuar estableciendo el tipo de defensa, dado que hemos dicho que ha de ser agresiva (: que conlleve un riesgo), podemos preguntarnos ahora qué clase de agresión o riesgo contenido en la defensa de la víctima debe impedir el autor. El riesgo contenido en la defensa y eliminado por el autor es todo aquel riesgo que se derivaría para el autor si la víctima pudiera ejercer legítimamente su defensa. El riesgo evitado por el autor alevoso es, en definitiva, el de sufrir todo aquello a lo que se estuviera legitimado frente a su ataque ilegítimo. Por tanto, podemos concluir, que el tipo de defensa eliminado por el autor no sólo es una defensa *posible* y *agresiva* sino además *legítima*. En realidad la legítima defensa ya contiene las notas de “posible” y “agresiva”, ya que en efecto otorga a la víctima la *posibilidad* de *agredir* al autor, pero añadiendo como tercera nota, que sea dentro del marco de lo autorizado para contrarrestar su ataque. De esta manera es la legítima defensa, su ejercicio, el tipo de defensa que impide el autor con su comisión a la víctima. El último rasgo que caracteriza a la defensa eliminada por el autor alevoso viene determinado por su procedencia. Como es bien sabido, el artículo 20.4 permite

ejercer la legítima defensa tanto en interés propio como en ajeno. Sin embargo, el texto del artículo 22.1, al establecer que el riesgo eliminado es el «que pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido», restringe exclusivamente a la víctima el ejercicio de la legítima defensa relevante de cara a la circunstancia.

VIGÉSIMA. El que la alevosía consista en una *forma* de comisión exige que se cometa algo *materialmente* mediante esta forma de comisión. Lo que se comete o asegura es, como previene el artículo 22.1, *en principio* cualquiera de los delitos contra las personas. En este respecto, es necesario decir que el aseguramiento del delito contra las personas (producción del resultado) no se debe acreditar como un hecho objetivo, dado en la realidad para la apreciación de la alevosía, precisamente porque la propia literalidad del artículo 22.1 no establece que los «medios, modos o formas» tengan que asegurar la ejecución del delito, sino como se ha repetido muchas veces que «tiendan (especial o directamente) a asegurarla». Que la producción del resultado no se requiera como un hecho dado en la realidad no significa que los «medios, modos o formas» no tengan que tender al aseguramiento. El hecho objetivo consiste, así, no en el “aseguramiento”, sino en la “tendencia al aseguramiento”. Esta tendencia es *objetiva* en cuanto es de los propios «medios, modos y formas», los cuales por sí mismos (=independientemente de las representaciones o creencias del autor) deben resultar idóneos para asegurar la ejecución, sin que esto evite que también más tarde sea necesario para la apreciación de la alevosía que el *sujeto* se represente la idoneidad de dichos «medios, modos y formas» y la acepte como modo de ejecución. Esta idoneidad, por tanto, no significa que los «medios, modos o formas» deban asegurar de hecho la ejecución y producir el resultado, sino, en cambio, que aunque no lo consiguieran (*ex post*), sus propias características objetivamente —para un observador objetivo o imparcial— hacen que los medios, modos o formas empleados sean (*ex ante*) adecuados para asegurarla. Además desde la perspectiva del 22.1 la idoneidad de «medios, modos o formas» para asegurar la ejecución *sólo* puede derivarse de que el autor elimine la defensa de la víctima pues si se emplearan «medios, modos o formas» que aunque fueran idóneos para (asegurar) la ejecución no eliminaran la defensa de la víctima (sino por ejemplo la de un tercero) no podrían ser considerados alevosos según la literalidad del artículo.

VIGÉSIMO PRIMERA. Es cierto que la alevosía no requiere que los medios consigan la ejecución (producción del resultado), pero sí que tiendan *objetivamente* a hacerlo, lo que no ocurre cuando el autor meramente lo cree o desea. Por este motivo la alevosía no es, como a veces se afirma, “una circunstancia de tendencia”, si con ello se quiere decir que lo característico y decisivo en la alevosía es la finalidad o intención en el autor de asegurar el delito contra las personas, y que carece de relevancia alguna el que los medios empleados tiendan objetivamente o sean adecuados para el aseguramiento.

VIGÉSIMO SEGUNDA. En relación con la vertiente subjetiva en la alevosía el dolo tiene un doble objeto en función de los dos tipos (formal y material) de elementos objetivos que componen la circunstancia. La subjetividad del autor alevoso, por tanto, no sólo debe extenderse a *cómo* se comete *formalmente* el delito alevoso —mediante el empleo de medios, modos o formas que eliminan la defensa— sino también debe recaer sobre *qué* se comete o asegura *materialmente* en el delito alevoso —un delito contra las personas—.

VIGÉSIMO TERCERA. En cuanto al elemento subjetivo referido a la *forma* de la alevosía (cómo se comete el delito), la subjetividad del autor debe abarcar que en la comisión del delito i) emplea «medios, modos o formas» que ii) eliminan la defensa del ofendido. Acerca de esta cuestión la doctrina ha distinguido tradicionalmente dos manifestaciones del elemento subjetivo: a) que el autor busque de propósito la indefensión o b) que se aproveche de una situación de indefensión dada. Sin embargo, parece que hoy en día resultaría conveniente abandonar el uso de la oposición *buscar de propósito/aprovechar* para indicar las manifestaciones del elemento subjetivo respecto al elemento *formal* de la indefensión. En definitiva, cada una de estas expresiones puede originar un equivoco, por lo que su utilización es rechazable. Por una parte “buscar de propósito” puede dar lugar a pensar que en el comportamiento alevoso es necesaria la planificación previa o la premeditación, lo que evidentemente no es el caso. Por otra el término “aprovechar” puede hacer creer que en la alevosía no se requiere del empleo de «medios, modos o formas» causantes de la indefensión, lo que tampoco es cierto. Lo adecuado en lugar de utilizar expresiones como “buscar de propósito” o “aprovechar”, que en ningún caso aparecen en el texto legal del 22.1, es decir que el autor alevoso *emplea* medios que eliminan la defensa y que esto lo hace *conscientemente*. Porque,

cuando estudiamos la alevosía en su aspecto formal nos encontramos ante un hecho *objetivo*; el autor ha debido *en efecto* eliminar la defensa de la víctima empleando «medios, modos o formas» de ejecución. Por eso, respecto a realidad objetiva de la eliminación de la defensa resulta indiferente el conjunto de propósitos e intenciones subjetivos del autor, siendo la auténtica cuestión a resolver la de si éste había (re)conocido el hecho objetivo de que su empleo de «medios, modos o formas» eliminaron la defensa de la víctima. La cuestión determinante no se encuentra, entonces, en que la voluntad del autor quiera o no la indefensión, porque la indefensión debe ser algo ocurrido objetivamente, sino en el conocimiento de este hecho objetivo; el autor debe conocer que elimina de *hecho* la defensa, no basta con su querer hacerlo.

VIGÉSIMO CUARTA. Además el dolo del autor debe extenderse al elemento *material* del iii) aseguramiento de un delito contra las personas. De esta manera no es suficiente con el primer requisito subjetivo de que el autor sepa que los «medios, modos o formas» empleados por él han eliminado la defensa de la víctima, ni tampoco con que éstos, al suprimir la defensa, objetivamente se muestren idóneos para el aseguramiento de la ejecución (producción del resultado). Junto a la propia tendencia objetiva de los «medios, modos y formas» para producir el resultado todavía se necesita acreditar el dolo del autor dirigido a dicha producción (muerte, lesiones). Esto mismo es posible decirlo todavía de otra forma, confirmando nuestra lectura de la alevosía mediante el recurso a la institución de la legítima defensa. Es decir, lo castigado en el artículo 22.1 no consiste simplemente en la eliminación de la defensa, sino que lo que se castiga es eliminar la defensa que es legítima, es decir, aquella que surge no porque los «medios, modos o formas» sean idóneos para una agresión, sino porque además el autor ha iniciado dolosa (o imprudentemente) una agresión. Es decir, sin una vertiente subjetiva (dolo o imprudencia) del autor no se da la agresión, sin la agresión no surge un derecho a la legítima defensa, y si no existe legítima defensa, el autor no la puede eliminar dando lugar al comportamiento propio de la alevosía. Esta vertiente subjetiva en el caso de la alevosía se configura como el segundo requisito subjetivo referido a la materia (qué se comete); el dolo del autor en relación con un delito contra la persona de la víctima.

VIGÉSIMO QUINTA. Si el dolo del autor respecto a un delito contra las personas (elemento material de la alevosía) se muestra como un requisito necesario, a continuación la cuestión determinante está en establecer qué tipo de dolo requiere; ¿será suficiente el eventual o se exigirá en todo caso un dolo directo? Con relación a esta cuestión pueden establecerse los siguientes puntos. En primer lugar, nadie discute la posibilidad de la comisión alevosa cuando el autor tiene dolo directo respecto del delito contra las personas que comete, siempre que el dolo directo sea de *primer grado*. En cambio cuando el dolo directo es de *segundo grado*, algunos autores rechazan la posibilidad de apreciar la alevosía. En cuanto al tipo de dolo exigido, de acuerdo con la interpretación aquí ofrecida, y en relación no con la concurrencia de la circunstancia, sino del delito cometido o que se intentaba cometer, es posible tanto el dolo de segundo grado como el dolo eventual, entendido este último como la existencia de un riesgo concreto, en este caso de la idoneidad de los medios empleados para eliminar la defensa de la víctima.

VIGESIMO SEXTA. Frente a la cuestión de si se agota el análisis de la vertiente subjetiva de la alevosía en el conocimiento del autor sobre los elementos objetivos típicos de la alevosía, o acaso debe comprobarse además en el autor un determinado ánimo especial, existen buenas razones que apoyan el rechazo a la exigencia de un ánimo especial. La primera está relacionada con la infracción del principio de legalidad. Frente a la doctrina alemana, que no se refiere propiamente a circunstancias [*Umstände*] sino a características, elementos o notas [*Merkmale*] a la hora de definir el asesinato frente al homicidio y que mayoritariamente identifica el asesinato con la actitud especialmente reprochable del autor, el Código español regula el asesinato recurriendo a *circunstancias del hecho* en lugar de a *disposiciones de ánimo* del autor, ocurriendo que además en el caso concreto de la alevosía el legislador en el propio texto legal del artículo 22.1 vuelve a renunciar a definir esta circunstancia conforme al ánimo del autor cuando escoge hacerlo con arreglo a la modalidad ejecutiva. Cuando se exige el requisito adicional de un ánimo especial no descrito típicamente, se está infringiendo el principio de legalidad. Pero además se infringe el principio de legalidad en su sentido de exigencia de determinación. Es decir, no sólo porque criterios tales como “cobardía”, “vileza”, “perversidad” o aquel más neutro de la “actitud especialmente reprochable” no encuentren una tipificación legal en el artículo 22.1, sino porque, junto a esto, tales

términos y expresiones carecen de contornos precisos que hagan posible diferenciar de manera cierta y precisa el asesinato alevoso del homicidio. La segunda razón que conduce a rechazar el criterio de un ánimo especial radica en el riesgo innegable de una vuelta al Derecho penal de autor. Pues, cuando se trata de enjuiciar la reprochabilidad del autor no es difícil que la mirada del juzgador se centre más en observar su carácter —la suma de actos repetidos determinantes de su modo de ser propio—, que el hecho concreto cometido. Es cierto que el riesgo de una caída en el Derecho penal de autor queda conjurado cuando la reprochabilidad del autor deja de entenderse como fruto del carácter, para pasar a concebirse como reprochabilidad del autor manifestada en el hecho concreto. Ahora bien lo que garantiza que la reprochabilidad sea la del hecho individual y no se acuda al historial del autor para atribuírsela, es poder aislar los elementos del hecho donde esta reprochabilidad del autor se manifiesta. De ahí que sea justo decir con otros autores que «las consideraciones sobre la mayor o menor reprochabilidad del sujeto carecen de trascendencia si no se han traducido en un hecho que el legislador ha convertido expresamente en un elemento del tipo». Porque, precisamente, su traducción en un elemento tipificado concreto es lo que permite ofrecer ciertas garantías de que la reprochabilidad del autor se conecta con su hacer y no con su carácter. La tipificación representa, entonces, el camino para demostrar la afirmación de que “sólo el hecho hace al asesino”.

VIGESIMO SÉPTIMA. Aunque *por su emplazamiento* la alevosía debería considerarse una circunstancia genérica, aplicable en principio a cualquier tipo penal, sin embargo *por su propia definición legal* resulta una circunstancia específica sólo de una determinada clase de delitos, la formada por los delitos contra las personas. La cuestión relevante entonces consiste en determinar cuál sea ese grupo específico de “delitos contra las personas”. Esta cuestión era en apariencia fácil con el Código penal de 1973, puesto que el anterior Código denominaba a uno de sus Títulos —el VIII del Libro II— con la rúbrica de “Delitos contra las personas”. Sin embargo, esta solución quedó clausurada con la entrada en vigor del Código penal de 1995 puesto que el Código actual no ha conservado Título alguno con la denominación de “Delitos contra las personas”. Dado que la legislación positiva ha dejado de servir de ayuda, un posible remedio consiste en acudir a la noción de los delitos contra las personas manejada por la doctrina. Esta solución alternativa termina, sin embargo, siendo también insatisfactoria.

Lo es, en primer lugar, a causa de la noción misma de “delitos contra las personas”, cuya extensión es potencialmente tan amplia que, desde una perspectiva conceptual, puede llegar a no establecer ninguna oposición diferencial frente a otros tipos de delitos. Conceptualmente no resulta desacertado afirmar que “delitos contra las personas” son todos los del Código, porque es cierto que todos ellos representan ataques contra las personas, tomadas *aisladamente* como individuos o bien *socialmente* reunidas en convivencia. Y de aquí surge un segundo motivo de insatisfacción con esta solución, porque tratándose de una noción potencialmente tan amplia es susceptible de ser restringida desde la doctrina con cierta arbitrariedad a una u otra determinada clase de delitos. Frente a una noción doctrinal así de variable aparece como una opción preferible recurrir a una interpretación legislativa histórica de los “delitos contra las personas”. Con ella no se trata de recuperar la referencia del Título VIII del Libro II del Código derogado a una serie de delitos, sino en descubrir, gracias a la historia de nuestra codificación penal, la idea rectora que en nuestros Códigos está detrás de la referencia “delitos contra las personas”. En los Códigos donde la circunstancia de alevosía ha estado restringida a un tipo particular de delitos siempre lo ha estado bajo la idea rectora de “ser delitos contra la vida y la integridad” bien fuera de manera expresa (Código de 1932) o bien tácita (Códigos de 1870 y 1973). Conforme a esto, la circunstancia debe aplicarse únicamente a delitos que consistan en ataques bien contra la vida o bien contra la integridad corporal (o salud) de las personas. El ámbito de aplicación de la alevosía, por tanto, está constituido, en una primera aproximación, por los delitos contra las personas *física* o, con otras palabras, contra la *dimensión física* de las personas.

VIGESIMO OCTAVA. Dentro del ámbito de los delitos contra la vida y contra integridad física (o salud), diferentes motivos, sin embargo, conducen a que la alevosía ni siquiera resulte ser una circunstancia agravante aplicable en general a esta clase de delitos. La razón de esta nueva restricción se encuentra en primer lugar en el artículo 67 del Código penal. Este artículo recoge dos excepciones a la aplicación de las circunstancias genéricas. La primera excepción se produce cuando una circunstancia agravante o atenuante se encuentra ya prevista (en la descripción o sanción) de un delito, y la segunda tiene lugar cuando una circunstancia agravante o atenuante sea inherente al delito de tal forma, que éste no pueda cometerse sin concurrir la circunstancia. Conforme a esta doble excepción, la alevosía no resulta aplicable como

circunstancia agravante —es decir, según las reglas del artículo 66— a los delitos contra la vida y la integridad física (o salud) o bien cuando éstos ya prevean la alevosía expresamente (en su descripción o sanción), o bien cuando ésta les resulte inherente tácitamente según el sentido visto. Pero además de en el artículo 67, también fuera de él se encuentran otras razones para la inaplicación de la circunstancia agravante de alevosía a los delitos contra la vida y la integridad física (o salud), aunque se trate de principios complementarios a los de previsión e inherencia previstos en este artículo. En primer lugar, la previsión del artículo 67 debe ser complementada porque no sólo procede la inaplicación de una circunstancia a un determinado delito cuando éste la prevé, sino además, de manera complementaria, cuando la prevé un segundo delito distinto, que se ha formado como una mera adicción de la circunstancia a aquel primer delito: que por ejemplo la alevosía esté prevista en el artículo 139 no conduce únicamente a que no deba aplicarse como circunstancia agravante —según las reglas del 66— al propio asesinato alevoso del 139, sino también a su inaplicación para otro delito distinto; el homicidio doloso del 138, porque el asesinato alevoso no resulta sino de la mera adicción de la alevosía al homicidio doloso. Ello se debe al principio de especialidad, conforme al cual el delito *especial* —por ejemplo: el asesinato alevoso— resulta de aplicación preferente frente al *general* —por ejemplo: homicidio doloso—, de modo que ya no hay lugar a que concurra en el delito *general* —el homicidio doloso— el elemento especial de la circunstancia modificativa —la alevosía—. Por último, también el principio de inherencia del artículo 67 requiere de un complemento; el principio de incompatibilidad. Este principio, que no aparece de manera expresa en ningún artículo del Código, representa la contrapartida lógica del principio de inherencia; si éste último apunta a la imposibilidad lógica de que algo se dé —por ejemplo: el asesinato alevoso— sin que a la vez se dé necesariamente algo otro —en el ejemplo: la alevosía—, el principio de incompatibilidad muestra la imposibilidad de que algo se dé —por ejemplo: el homicidio doloso— si a la vez se da algo otro —en el ejemplo: imprudencia—. El principio de incompatibilidad conducirá entonces a la inaplicación de la circunstancia de alevosía a aquellos delitos contra la vida y la integridad física (o salud) respecto de los cuales sea incompatible de tal manera, que con la concurrencia de la alevosía no podrían cometerse. A estos principios —de previsión en el delito, inherencia, especialidad e incompatibilidad— debe añadirse a partir de la entrada en vigor de la LO

1/2015 de 30 marzo una nueva razón de inaplicación. Al establecerse en esta reforma la cadena perpetua para una serie de delitos respecto de los que en principio podría entrar en juego la alevosía, la aplicación de la circunstancia resultará irrelevante en la medida en que en no puede agravarse una pena de prisión prevista ya como absoluta.

VIGÉSIMO NOVENA. La alevosía ni es inherente al homicidio, ni tampoco incompatible con el homicidio doloso, pero la existencia del asesinato alevoso impide la aplicación de la circunstancia agravante al delito de homicidio. El principio de especialidad conduce a la aplicación del asesinato (delito *especial*) frente al homicidio doloso (delito *general*), al que ya no será posible agravar con la circunstancia.

TRIGÉSIMA. La aplicación de la circunstancia agravante de alevosía queda excluida del asesinato conforme al principio de *non bis in idem*, que se manifiesta en la regla de previsión en el delito del artículo 67: la agravante de alevosía no se aplica al asesinato porque este delito ya ha tomado en cuenta la alevosía en su descripción (art. 139 circunstancia 1ª). La alevosía en el artículo 139 del Código penal no es una circunstancia agravante, no siendo de aplicación el artículo 66 del texto penal, tampoco puede considerarse inherente al asesinato, ya que es posible un asesinato no alevoso, sino que lo conforma accidentalmente a partir del homicidio doloso. Su naturaleza es intermedia entre una circunstancia modificativa y un hecho constitutivo, realmente se trata de una circunstancia cualificante, naturaleza que permite una delimitación y clarificación frente a la naturaleza y efectos de los hechos constitutivos y agravantes.

Una vez entendida la alevosía dentro del asesinato como una circunstancia cualificante caben distintas situaciones. La primera de ellas sucede cuando tratando de acreditar la alevosía en ámbito del 139 no sea posible confirmar su concurrencia, con lo que quedará abierta la responsabilidad, supuesta la comisión dolosa, por el delito genérico de homicidio doloso. No obstante, la falta de la alevosía no siempre debe conducir a calificar los hechos meramente como un homicidio doloso no circunstanciado, dado que en algunos supuestos —cuando los elementos fundamentadores de la alevosía aunque desvirtuados subsisten en cierta medida— lo adecuado será apreciar junto al homicidio la circunstancia agravante de abuso de superioridad (art. 22.2), es decir, una “alevosía menor” o de “segundo grado”. La

segunda situación posible consiste en que se acredite la alevosía en el marco del 139, dando la solución obvia de que los hechos queden subsumidos en el delito asesinato. Diferente es el tercer caso en el que además de la alevosía se presente otra u otras de las circunstancias del 139. Lo correcto, en este caso, será respetar la literalidad y la lógica del 140 de modo que se aplique la pena de este artículo no sólo cuando concurren tres circunstancias (1ª interpretación posible) o sólo cuando concurren dos (2ª interpretación posible), sino cuando concurren “más de una”, es decir, *tanto* dos *como* tres circunstancias, de modo que no se tome de nuevo en cuenta a la tercera circunstancia concurrente como agravante del 22. Queda, no obstante, la objeción de que, de acuerdo a esta solución, el marco penal previsto se mantiene idéntico sea que concurren *tanto dos o como tres* circunstancias en el asesinato, pero esta “distorsión valorativa” puede salvarse por el arbitrio concedido al juez para ofrecer un tratamiento diferenciado a ambos casos dentro del marco penal previsto en el 140.

Por último debe mencionarse las modificaciones introducidas en los delitos de homicidio con la entrada en vigor de la LO 1/2015 de 30 marzo. En primer lugar la alevosía se mantiene en el artículo 139.1 como una de las circunstancias cualificantes del homicidio en asesinato, habiéndose añadido a las tres circunstancias habituales —1ª. alevosía, 2ª. precio, recompensa o promesa, y 3ª. ensañamiento— una cuarta; «para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra». En segundo lugar, la regulación del caso de que concurren más de una de estas circunstancias —ahora dos, tres o cuatro— no se encuentra ya previsto en el artículo 140 sino en el apartado 139.2 —creado *ex novo*— y tampoco se prevé para este supuesto un marco penal distinto, como ocurría anteriormente, sino la imposición en su mitad superior de la pena prevista —y ahora ampliada— para el asesinato del 139.1. La solución propuesta para la regulación anterior a la reforma sigue siendo correcta. Cuando concurren más de una circunstancia —ahora dos, tres o cuatro— la pena debe imponerse en su mitad superior, disponiendo el juez de este marco penal para establecer diferenciaciones de pena en función del número de las circunstancias concurrentes, pero sin que se entienda que las circunstancias del asesinato también previstas en el artículo 22 funcionan como agravantes.

TRIGÉSIMO PRIMERA. Junto al asesinato existen otras modalidades cualificadas de matar a otro igualmente constituidas sobre el tipo básico de homicidio (doloso), pero que a diferencia del asesinato incorporan elementos cualificadores que difieren de las circunstancias del 139. A partir de la entrada en vigor de la reforma del Código penal operada por las LO 1/2015 de 30 de marzo y LO 2/2015 de 30 de marzo, casi todos estos delitos cualificados de homicidio —todos menos el homicidio del artículo 485.2— pasan a ser castigados con la pena de prisión permanente revisable, lo que hace que la aplicación de la alevosía como agravante aunque posible se torne irrelevante.

TRIGÉSIMO SEGUNDA. Dentro del artículo 143 es necesario establecer una diferenciación entre, por una parte, las figuras delictivas de la inducción al suicidio del 143.1 y la cooperación necesaria al suicidio del 143.2, que no son formas de homicidio pues no consisten en forma alguna de matar a otro, sino en inducir o cooperar necesariamente a que el suicidio tenga lugar, y, por otra parte, la figura de la cooperación ejecutiva al suicidio del 143.3, que sí es una forma homicidio, en cuanto que en ella se llega «hasta el punto de ejecutar la muerte» de otro, pero privilegiada en atención al consentimiento de ese otro en su propia muerte. La alevosía no se puede aplicar a la inducción y a la cooperación necesaria al suicidio porque es incompatible con ambas figuras; el aseguramiento del delito a través de la eliminación de la defensa (alevosía) cobra pleno sentido cuando se trata de delitos que implican ataques físicos contra personas (por ejemplo, el homicidio o las lesiones), pues en estos casos si falta la defensa de la víctima el ataque sobre su persona se asegura, pero carece de sentido en supuestos en los que, en lugar de atacar físicamente a la persona, o bien se colabora con ella (cooperación necesaria) o bien se trata de despertar en ella una determinada decisión que no tenía (inducción). En cuanto a la cooperación ejecutiva al suicidio del artículo 143.3 resulta también incompatible con la alevosía, porque mientras que el que consiente su muerte sigue conservando sus posibilidades de defenderse, aunque decida no ejercerlas debido a su conformidad, la víctima de alevosía carece, porque el autor se la ha arrebatado, de toda posibilidad de ejercer su defensa.

TRIGÉSIMO TERCERA. La posibilidad de apreciar la circunstancia de alevosía en los delitos de aborto dependerá del supuesto en el que nos encontremos y, fundamentalmente del bien jurídico que se señale en cada modalidad. En relación con el

aborto provocado con el consentimiento de la embarazada del artículo 145.1 resulta incompatible con la alevosía porque ni el autor elimina ni la mujer embarazada pierde, como exige la circunstancia, toda posibilidad de defensa; precisamente porque la embarazada consiente, pero en su mano está no hacerlo evitando así el aborto, tiene posibilidad de defenderse frente a acción abortiva. En cambio, el aborto no consentido del artículo 144 parece al menos imaginable que el aborto fuera compatible con la alevosía, cuando la embarazada no consiente, pero además el autor la priva de toda posibilidad de defender su embarazo. Por último, es necesario descartar por razones de incompatibilidad la aplicación de la alevosía en los supuestos de autoaborto y de consentimiento de la embarazada del artículo 145.3, y de aborto imprudente del artículo 146. En los dos primeros casos del 145.3 porque son delitos autorreferenciales; la embarazada comete el aborto sobre sí misma y consiente el aborto en relación con sí misma, es por tanto autora y víctima al mismo tiempo, y carece de sentido que para cometer ambos delitos se elimine a sí misma la defensa (o la de un feto o un embrión que ni tienen ni pueden ejercer un derecho a la defensa). En cuanto al aborto cometido imprudentemente, la alevosía es incompatible con una comisión imprudente.

TRIGÉSIMO CUARTA. En cuanto a la aplicación de la alevosía a las lesiones se hace necesario abordar por separado cada una de las modalidades de lesiones. En primer lugar, la alevosía resulta en principio inaplicable a las lesiones básicas del 147.1 parr. 1º porque ya existe un segundo delito —las lesiones cualificadas del 148— que se ha formado añadiendo a las lesiones básicas, entre otras, la circunstancia de alevosía. Ahora bien, quedaría abierta la posibilidad de apreciar la agravante de alevosía en el delito básico las lesiones del 147.1 parr. 1º cuando a pesar de concurrir la alevosía no puedan apreciarse, en atención al resultado causado o al riesgo producido por dicha concurrencia, las lesiones del 148 esto no tiene que ocurrir necesariamente de este modo. En segundo lugar, la acumulación de faltas de lesiones del hasta hace poco vigente artículo 147.1 párrafo 2º resulta incompatible con la alevosía, dado que el artículo 22.1 exige como condición que el autor cometa «cualquiera de los delitos contra las personas» —entendiendo “delito” en su sentido estricto— y el autor del 147.1 párr. 2º propiamente no comete ningún delito (en sentido estricto) sino que realiza, como dice este mismo precepto, «cuatro veces la acción descrita en el artículo 617», es decir, en todo caso siempre faltas, por mucho que se le castigue por la reiteración con la pena del

delito básico de lesiones. En tercer lugar, las lesiones privilegiadas del artículo 147.2 también resultan incompatibles con la alevosía, porque si una de las razones del privilegio consiste en el medio empleado, entonces parece que ello ha de ser incompatible con la alevosía, porque ésta justamente apela al medio (o al modo o la forma) empleado pero, en sentido inverso, para agravar o cualificar el delito. En cualquier caso las lesiones privilegiadas *en atención al medio empleado o al resultado producido* han desaparecido con la entrada en vigor de la LO 1/2015 de 30 de marzo, regulándose a partir de entonces en el artículo 147.2 unas lesiones privilegiadas *en razón de la falta de necesidad de tratamiento* —la hasta ahora falta de lesiones—, en las que en principio no existe ningún obstáculo para la aplicación de la alevosía. En cuarto lugar, en cuanto a las lesiones cualificadas del 148 en atención «al resultado causado o riesgo producido» cuando concurre alguna de las circunstancias en él previstas —entre las que ocupa el segundo lugar la alevosía junto al ensañamiento— es obvio que respecto de ellas la alevosía como circunstancia agravante no es aplicable debido al principio de *non bis in idem*, plasmado en la regla de previsión del artículo 67, según el cual no puede tomarse en cuenta por segunda vez las circunstancias —aquí, la alevosía— que la ley tuvo ya en cuenta en la descripción o sanción de la infracción —en este caso en el artículo 148 circunstancia 2ª—. En cambio, la alevosía funciona en el 148 como una circunstancia cualificante. Otra cuestión interesante consiste en saber si la alevosía puede concurrir con las otras circunstancias del 148. Esto será posible con la circunstancia del 148.1 (utilización de armas, instrumentos, objetos peligrosos), con la circunstancia regulada junto a la alevosía en el 148.2 (ensañamiento) y con la circunstancia del 148.4 (víctima esposa, mujer o ligada por análoga relación de afectividad), pero no con la circunstancia del 148.3 (víctima menor de doce años o incapaz), ni tampoco con la circunstancia de 148.5 (víctima especialmente vulnerable que conviva con el autor), por constituir ambos supuestos casos de alevosía menor incompatibles, por tanto, con la alevosía (mayor) del 22.1. En quinto lugar, en relación con las lesiones cualificadas del artículo 149 y 150 ni razones de inherencia —es posible una comisión no alevosa de estas lesiones— ni razones de incompatibilidad —e igualmente posible una comisión alevosa— impiden la aplicación de la circunstancia agravante de alevosía a ambos tipos de lesiones cualificadas. Por último, la riña del artículo 154 resulta incompatible con la alevosía no sólo porque en una situación de riña

no es posible distinguir entre autor y víctima, puesto que todos los que participan son coautores en la riña, sino también porque no se elimina la capacidad de reacción de los participantes, los cuales precisamente para cometer este delito han de poner en juego esa capacidad acometiéndose entre sí.

TRIGÉSIMO QUINTA. La propia definición de la alevosía, al limitar su aplicación al ámbito de los delitos contra las personas, niega su carácter de circunstancia genérica, con lo que parece ponerse en cuestión su presencia entre las circunstancias agravantes llamadas genéricas del artículo 22. A pesar de ello, una posible justificación de su permanencia en la parte general del Código sería que la alevosía, aunque no respecto de todo delito, sí es una circunstancia genérica para el conjunto de tipos especiales que regulan delitos contra las personas, los cuales necesitarían contar con una definición general de alevosía. Pero, ni siquiera esta justificación se deja sostener, dado que el hecho de que la alevosía se refiera *en general* a los delitos contra las personas debe considerarse errónea por tres motivos: a) por *ambigua*, b) por *incorrecta*, b) por *introducir distorsiones valorativas*. En primer lugar, una referencia genérica a los delitos contra las personas es *ambigua*, porque cuáles sean estos delitos es una cuestión sometida a un amplio margen de interpretación. Es *incorrecta*, en segundo lugar, porque no a *todos* los delitos contra las personas es aplicable la alevosía, sino en realidad sólo a unos pocos; como agravante genérica actúa sólo en las lesiones —y ni siquiera a todo tipo de lesión— y en el aborto no consentido. Por último, la referencia general del 22.1 a los delitos contra las personas *introduce distorsiones valorativas*, ya que en los pocos delitos en que la alevosía actúa como agravante interfiere con su mayor (des)valoración como cualificante. Si la alevosía como circunstancia genérica referida a los delitos contra las personas provoca *ambigüedad, falta de corrección y distorsión valorativa*, entonces la opción más lógica es recomendar *de lege ferenda* su exclusión del catálogo de circunstancias genéricas del artículo 22, manteniéndose exclusivamente como circunstancia cualificante de determinados tipos especiales de delitos contra la vida y la integridad física —en concreto: el asesinato, las lesiones y probablemente el aborto no consentido—. En conclusión, si la alevosía no es una circunstancia genérica ni *por su ámbito de aplicación* —únicamente se aplica a pocos delitos—, ni debe serlo tampoco *por sus efectos* —su mayor desvalor la diferencia de las agravantes ordinarias—, entonces la solución lógica debe ser que la alevosía pierda

su carácter de circunstancia agravante de la parte general del Código, y conserve únicamente su naturaleza de cualificante de ciertas figuras delictivas concretas de la parte especial.

TRIGÉSIMO SEXTA. El Tribunal Supremo con objeto de dar cobertura jurídica a los casos de desvalimiento bajo la circunstancia de alevosía se ha visto en la necesidad de elaborar un concepto propio de alevosía al margen del legal, que no girara como éste en torno a *la actuación del autor* —a la aniquilación de la defensa mediante el empleo de medios, modos o formas— sino que se basara en *la situación de indefensión de la víctima*. De este modo, el concepto *jurisprudencial* de alevosía, al fundamentarse en la *situación de indefensión de la víctima* en lugar de en la *actuación del autor*, ha permitido al Tribunal Supremo hacer lo que no era posible con el concepto *legal*; ofrecer cobertura y fundamento jurídico a cualquiera de las modalidades alevosas, ya que en cualquier de las tres existe la *indefensión* de la víctima, bien provocado por el autor con su *actuación* —en la alevosía proditoria y en la alevosía sorpresiva— o bien por ser ésta la situación preexistente de la víctima —en la alevosía por desvalimiento—. En este trabajo no se comparte plenamente el punto de partida de la jurisprudencia, ni tampoco se considera que todas las modalidades jurisprudenciales sean propiamente de alevosía. En cuanto al punto de partida, aunque el fundamento de la alevosía gira en torno a la idea de indefensión, se está en desacuerdo con la jurisprudencia en que la situación de indefensión de la víctima sea suficiente con independencia de su origen para apreciar la alevosía, dado que esta interpretación contradice de manera frontal la regulación legal de la alevosía, que clara y literalmente exige del autor el empleo de medios, modos o formas para causar la indefensión. El fundamento en cambio aquí propuesto de la alevosía está relacionado con la noción de indefensión, pero originada, de acuerdo al concepto legal de la alevosía, por el autor, puesto que consiste en eliminar la posibilidad de ejercer el derecho a la legítima defensa que legalmente corresponde a la víctima, y esa eliminación sólo puede tener lugar mediante el concurso activo del autor. Con semejante punto de partida es imposible sostener que todas las modalidades tradicionalmente admitidas por la jurisprudencia sean realmente alevosas. En concreto esto ocurrirá con la modalidad por desvalimiento. Junto a la modalidad por desvalimiento tampoco se considera alevosa una modalidad *especial* que en los últimos tiempos se está consolidando en la jurisprudencia; la alevosía *convivencial* o doméstica.

TRIGÉSIMO SÉPTIMA. En la alevosía proditoria o traicionera existe de acuerdo al concepto jurisprudencial una situación de indefensión de la víctima, pero además se requiere que esta situación sea causada, respetándose en este caso también el concepto legal, por el autor mediante el empleo de una serie de medios, modos o formas que la jurisprudencia ha identificado con los siguientes: trampa, emboscada, celada, asechanza, insidia, etc. En todos estos medios se pone de manifiesto una ocultación o engaño acerca de las propias intenciones del autor que puede tener además carácter *físico* o meramente *moral*. A pesar de su denominación, lo que hace de forma de ejecución una modalidad alevosa no es el hecho desnudo de la traición inherente al ocultamiento físico o moral del autor, sino el que esa traición provoque la indefensión de la víctima. El artículo 22.1 no castiga, en efecto, el carácter traidor del autor, sino el que sus actos, que incidentalmente pueden ser calificados de traidores, provoquen la falta de defensa de la víctima. Además de a la traición, la alevosía proditoria se asocia en muchos casos a la idea de premeditación que configuraba la antigua agravante (artículo 10.6) del Código de 1973. Incluso se ha llegado a identificar el elemento esencial de la alevosía con la planificación. Sin embargo, aunque la alevosía sea compatible con la preparación o planificación del hecho en algunos casos —por regla general en los de alevosía proditoria—, esto no demuestra de ninguna manera que la planificación sea el elemento esencial de la alevosía, pues precisamente existen otros muchos casos de alevosía —los sorpresivos donde el autor se decide en un instante— en los que la indefensión se causa por el autor sin preparación previa alguna. Ni siquiera tampoco es un elemento esencial de la circunstancia en los casos de alevosía donde sí existió planificación o preparación previa —como ocurre por regla general en los supuestos proditorios de emboscada, acecho, trampa, etc.—, porque incluso en estos casos el desvalor propio de la alevosía no se presenta *antes de la ejecución* porque el autor *planifique o prepare el hecho*, sino, conforme a la definición legal del artículo 22.1, *durante ejecución* porque mediante el empleo de medios, modos o formas *elimina la defensa de la víctima*. Por este motivo, por mucho que el autor haya preparado amplia y especialmente su ataque antes de la ejecución, habrá que negar la concurrencia de alevosía si esa planificación no logra provocar, más tarde durante la ejecución, la indefensión de la víctima; un cálculo y preparación que sale mal permitiendo en la ejecución ejercer a la víctima su defensa no da lugar en ningún caso a la apreciación de la circunstancia.

TRIGÉSIMO OCTAVA. La alevosía sorpresiva se caracteriza, como cualquiera de las otras dos, por la existencia de una situación de indefensión de la víctima, pero, al igual que sucedía con la modalidad proditoria, la sola indefensión no es suficiente; además se requiere —con lo que se respeta el concepto legal de alevosía— que el autor provoque esa situación mediante el empleo de medios, modos o formas de ejecución que en el caso de la alevosía proditoria consisten en un ataque súbito, inesperado, repentino o imprevisto sobre la víctima. Aunque esta modalidad se denomine sorpresiva para su concurrencia no basta el mero hecho sorpresivo del ataque, sino que ha de tratarse de una sorpresa *que cause* en la víctima una situación de indefensión. Si esta causación no se produce habrá de excluirse la alevosía sorpresiva aunque existiera sorpresa. El que la sorpresa sólo alcance la consideración de alevosa si provoca la falta de defensa ha conducido a nuestro Tribunal Supremo a una reinterpretación del significado de lo “sorpresivo” dentro del ámbito de la alevosía: lo “sorpresivo” no es simplemente “lo que no se espera” o “aquello para lo que no había razón”, sino que lo “sorpresivo” en la alevosía sólo puede determinarse a partir de la forma de ejecución, en la medida en que ésta causa la indefensión de la víctima. De este modo, para la alevosía la sorpresa no está en que la víctima no espere el ataque, sino que si se la sorprende se debe a que el ataque se ejecuta de tal manera que no puede defenderse; sorprender a la víctima es hacer imposible su defensa. Entendido así lo sorpresivo, es posible la situación de que se esperara o previera un ataque y sin embargo considerarlo alevoso, porque la ejecución, al no dejar ninguna posibilidad de defensa, fuera “sorpresiva”. De modo inverso, es posible que ni se esperara ni previera el ataque y sin embargo no entenderlo como alevoso porque la ejecución, al dejar posibilidades de defensa a la víctima, no fuera “sorpresiva”. Interpretación jurisprudencial que se considera correcta en coherencia con los puntos de partida aquí adoptados.

TRIGÉSIMO NOVENA. Conectados con la modalidad sorpresiva están los supuestos de “riña previa”. Si esta modalidad se caracteriza por la sorpresa, entonces dicho factor sorpresivo (y con él la alevosía) parece quedar anulado en los casos en los que existió con anterioridad una disputa. Ahora bien, aunque este ha sido el criterio general seguido por la jurisprudencia debe ser rechazado. Ni siquiera en los casos en que la víctima tomó un papel activo e incitador en la agresión, puede afirmarse la existencia de un deber de estar prevenido. Ciertamente podrían presentarse casos donde los motivos *en*

apariencia contarán con el suficiente peso jurídico (por ejemplo unas amenazas o extorsiones), pero incluso en estos casos seguiría siendo erróneo deducir un deber de prevención en relación de la víctima, porque si fuera correcto implicaría admitir que siempre que la víctima ofrece al autor un motivo (con la suficiente relevancia jurídica), está obligada a estar prevenida y se excluye la alevosía con independencia de cómo se ejecute el ataque; una vez el motivo exista al autor le saldrá “gratis” atacar, por ejemplo, por la espalda porque en ningún caso responderá por un asesinato alevoso. La apreciación de la alevosía no puede depender de si la víctima ha dado o no motivos suficientes al autor, sino del modo en que se ejecuta el ataque. Al margen de los concretos motivos que la víctima proporcionara al autor, la idea de un “deber de estar prevenido” resulta *en sí misma* rechazable, debido a las consecuencias negativas inherentes a la admisión de un deber de este tipo respecto de a) la víctima, b) el autor y c) el Derecho penal. En cuanto a la víctima, un deber de estar prevenido equivale a un deber de protegerse (por sí sola), pero un deber de este tipo no es reconocido en nuestro ordenamiento jurídico; existe un derecho a defenderse (artículo 20.4: legítima defensa), pero en ningún caso un deber de hacerlo. En relación con el autor, la imposición de un deber de prevención a la víctima implica concederle un cierto margen (¿derecho?) para atacarla. En cuanto al Derecho penal, la idea de un deber de prevención supone un paso atrás en su función de protección, con lo que se da inicio a una cadena de arreglos de responsabilidad entre autor y víctima de la que no se sabe muy bien hasta dónde habría de llegar. Conforme a las objeciones que pueden sostenerse contra la idea de un “deber de estar prevenido”, no tiene nada de extraño que el Tribunal Supremo haya rectificado en buena medida su doctrina acerca de la “riña previa” dejando bien poco en pie de ella.

QUADRAGÉSIMA. La alevosía por desvalimiento, al igual que la proditoria y la sorpresiva, se caracteriza por una situación de indefensión de la víctima. No obstante, se diferencia de las dos anteriores modalidades en que la indefensión —incumpléndose la definición legal de alevosía del 22.1— en lugar de ser causada por el autor mediante el empleo de medios, modos o formas, es preexistente a su actuación debido a la condición de la víctima de persona desvalida. La jurisprudencia reconoce que el desvalimiento puede ser de dos tipos: constitutivo o accidental. Es constitutivo cuando se trata de personas que por su propia condición están indefensos, es decir, por ejemplo debido a su edad (temprana o avanzada), a una discapacidad (ceguera, invalidez, etc.) o a una

enfermedad grave o terminal. El desvalimiento, en cambio, es accidental cuando la situación de indefensión es sólo una condición transitoria como en el caso de personas dormidas, inconscientes o sometidas a los efectos de alcohol o de las drogas. A pesar de que algunos de los supuestos citados son en ocasiones reconducibles a la alevosía, en general debe rechazarse la postura jurisprudencial que admite que el desvalimiento constituya una modalidad alevosa. La razón se encuentra, como bien ha sabido ver la doctrina mayoritaria de nuestro país, en la propia regulación legal de la circunstancia; si el artículo 22.1 exige que el autor emplee medios, modos o formas para eliminar la defensa, nada de esto ocurre en los casos de desvalimiento, donde la situación de indefensión se deriva de un estado constitutivo o accidental preexistente en la víctima.

El rechazo del desvalimiento como modalidad alevosa es conforme con la fundamentación aquí propuesta para la alevosía. Aunque el fundamento de la alevosía gire en torno a la idea de indefensión, no es correcto que la situación de indefensión de la víctima sea suficiente con independencia de su origen para apreciar la alevosía, puesto que esta interpretación contradice de manera frontal la regulación legal de la alevosía, que exige del autor el empleo de medios, modos o formas que causen la indefensión. De acuerdo con lo que se viene manteniendo en este trabajo, la alevosía gira sobre el concepto de indefensión, pero originada por el autor, ya que consiste en *eliminar la posibilidad de ejercer el derecho a la legítima defensa que legalmente corresponde a la víctima*, y esa eliminación sólo puede tener lugar mediante el concurso activo del autor (empleo de medios, modos o formas). Ahora bien, si la alevosía se fundamenta en la eliminación de la posibilidad de ejercer la legítima defensa, entonces los casos de desvalimiento no son supuestos de alevosía, porque en ellos no tiene lugar dicha eliminación, ya que la víctima está de por sí imposibilitada para ejercer el derecho de defensa. Es decir, no es la actuación del autor —empleando medios, modos o formas— la que impide a la víctima ejercer su derecho a defenderse, sino su propia condición de persona desvalida. El autor en nada afecta o perjudica el derecho de defensa de la víctima, simplemente sucede que el desvalido es incapaz por sí mismo de ejercer este derecho. Esto no quiere decir que los ataques a los desvalidos no merezcan de ningún modo ser desvalorados por parte del Derecho penal. Pero, en cambio, sí significa que su desvalor difiere del de los supuestos alevosos, porque a diferencia de éstos en los casos de desvalimiento no impide a la víctima ejercer su derecho a

defenderse, sino que meramente se aprovecha de su intrínseca imposibilidad para ejercerlo. Este distinto desvalor en realidad fue reconocido por los proyectos de Código Penal de 1992 y 1994 que admitían como una modalidad de asesinato, diversa a la alevosa, el que el hecho se ejecutase «sobre persona absolutamente indefensa».

QUADRAGÉSIMO PRIMERA. El desvalimiento es un supuesto diverso tanto de la alevosía como del abuso de superioridad, que *conceptualmente* no resulta correcto ni incluirlo dentro la *alevosía* (criterio de la jurisprudencia) ni subsumirlo en el abuso de superioridad (criterio de la doctrina), aunque esta última, *a nivel práctico y a falta de otra alternativa*, sea la mejor solución. La diferencia conceptual existente entre los tres supuestos puede ser mostrada de forma fructífera conforme al fundamento de la alevosía consistente en la eliminación del derecho de defensa. De este modo, parece correcto afirmar que mientras en los supuestos alevosos se elimina la posibilidad de ejercer el derecho a la legítima defensa, ni en los casos de abuso de superioridad ni en los de desvalimiento se produce dicha eliminación si bien por razones diferentes; a) en el abuso porque aunque el derecho de defensa de la víctima está mermado, incluso de forma notable, a causa o no del autor, sin embargo no está eliminado puesto que la víctima puede seguir ejerciéndolo si bien en peores condiciones, y b) en el desvalimiento porque el autor tampoco lo elimina en la medida en que la víctima ya estaba previamente imposibilitada para ejercer ese derecho. De modo que el autor está en cada uno de los tres supuestos en una situación diferente frente al derecho de legítima defensa de la víctima: a) en la alevosía *elimina* el ejercicio de tal derecho: la víctima *no puede* ejercer la legítima defensa *debido al autor*, b) en el abuso de superioridad se *aprovecha sólo de una merma o disminución* (causada o no por él) de su ejercicio: la víctima *puede* ejercer la legítima defensa, pero *en peores condiciones debido o no al autor*, y b) en el desvalimiento se *aprovecha de incapacidad* de la víctima para ejercerlo: la víctima *no puede* ejercer la legítima defensa *debido a sí misma*.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDA. Aunque *conceptualmente* el desvalimiento no es equiparable ni a la alevosía ni al abuso de superioridad, *de forma práctica y a falta de una alternativa mejor* parece más correcta la postura de la doctrina de incluirlo en el abuso de superioridad. En primer lugar porque en ninguno de ambos casos (alevosía

menores o de segundo grado) se produce, como sí ocurre en la alevosía, una eliminación de la legítima defensa. Pero además porque si con el abuso de superioridad se castiga ya el aprovechamiento de la *merma o disminución* de la legítima defensa, entonces con mayor razón ha de castigar el aprovechamiento cuando, como en el desvalimiento, la *imposibilidad* de legítima defensa es total. No obstante, a partir de la entrada en vigor la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 marzo ya no resulta necesario, al menos en los delitos de homicidio, reconducir buena parte de los supuestos de desvalimiento al abuso de superioridad pues los hechos podrán ser calificados como un homicidio agravado del 138.2 a) debido a «que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad». Con esto el legislador parece estar incorporando la categoría intermedia de la “especial vulnerabilidad” entre la alevosía y el abuso de superioridad. Si bien debe decirse que, frente a la noción de “persona absolutamente indefensa” de los proyectos de 1992 y 1994, el criterio de la “especial vulnerabilidad” presenta ciertos inconvenientes para englobar adecuadamente los casos de desvalimiento. En primer lugar porque, por una parte, la idea de la “especial vulnerabilidad” parece abarcar un mayor número de casos de los tradicionales de desvalimiento, casos que caerían ya dentro de la categoría abuso de superioridad; una persona especialmente vulnerable puede ser alguien que esté absolutamente indefenso (noción tradicional de desvalido), pero también quien tiene todavía posibilidades de defensa sólo que disminuidas, lo que constituye entonces un caso claro de abuso de superioridad. Pero, en segundo lugar, porque, por otra parte, la “especial vulnerabilidad” prevista en el artículo 138.2 a) es una noción menos extensa que la tradicional de desvalimiento; pues sólo recoge los casos de desvalidos constitutivos («por razón —dice el artículo— de su edad, enfermedad o discapacidad»), pero en cambio deja fuera a los desvalidos accidentales (durmientes, sometidos al efecto del alcohol o las drogas, etc.).

CUADRAGÉSIMO TERCERA. Aunque el criterio general sea que el desvalimiento no constituye una modalidad de alevosía, este criterio admite excepciones en ciertos supuestos de desvalimiento que pueden ser reconducidos a la alevosía. En cuanto al desvalimiento accidental donde la situación de indefensión es sólo transitoria, un buen ejemplo de ello resulta el caso de los durmientes cuando el autor ha provocado el sueño de la víctima o esperado a que la víctima se duerma, debido a que en estos casos

también puede afirmarse que el autor emplea una forma de ejecución —provocar o aguardar el sueño de la víctima para atacar— que hace imposible la defensa. Sin embargo, resulta dudoso ya si serían alevosos los casos en los que el autor se encuentra por casualidad con un durmiente. En estos casos parece que habría que negar la alevosía, pues resulta difícil sostener que aquél haya empleado modos, medios o formas que conduzcan a la situación de indefensión del durmiente; no es el autor el que ha eliminado la defensa, sino la casualidad la que ha hecho que la víctima se encuentre en una situación —sueño— por la que es incapaz de defenderse.

CUADRAGÉSIMO CUARTA. El principio general de que el desvalimiento no constituye una modalidad de alevosía, admite excepciones no únicamente respecto del desvalimiento accidental, sino incluso en casos de desvalimiento constitutivo. Esto ocurre, por ejemplo, respecto de los niños pequeños. La jurisprudencia y un sector minoritario de la doctrina alemanas entienden así que excepcionalmente debe apreciarse alevosía cuando el autor elimina el instinto defensivo natural del niño endulzando el veneno que a continuación le administra. Esta excepción debe, sin embargo rechazarse. Aunque es cierto que quien engaña al instinto natural del niño está eliminando sus (mínimas) posibilidades de defensa, por otra parte debe señalarse que no es la anulación de la defensa *natural instintiva* —que es la propia del niño pequeño— la que da lugar a la apreciación de la alevosía, sino de la defensa *activa, agresiva o de la que* —según el 22.1— *pudieran proceder riesgos para el autor*. También en Alemania jurisprudencia y doctrina reconocen respecto de los niños pequeños —pero igualmente en relación con otros desvalidos— *excepcionalmente* la posibilidad de admitir la alevosía en caso de que el autor elimine la protección de un tercero encargado del cuidado de la víctima con la finalidad de cometer más tarde sin impedimentos el hecho. Evidentemente esta excepción es posible en Alemania porque el concepto usual de alevosía manejado por doctrina y jurisprudencia no se encuentra definido legalmente. En cambio la situación en nuestro país es diferente; la alevosía está definida legalmente en el artículo 22.1 el cual establece sin margen de duda que la defensa eliminada por el autor debe *proceder del ofendido*. De ahí que aunque el autor emplee medios, modos o formas encaminados a eliminar la defensa, si esa defensa no tiene su origen en la víctima sino en un tercero *de lege data* no pueda apreciarse la circunstancia. Sin embargo, *de lege ferenda* parecería conveniente adoptar la solución de la jurisprudencia y doctrina alemanas. No

en el sentido de que *en cualquier caso* baste eliminar la defensa de un tercero para dar lugar a la alevosía, pero sí en el sentido *limitado*, en el que lo hace la jurisprudencia y doctrina alemana, de que se admita el cambio de perspectiva de la víctima a un tercero *sólo* cuando la víctima es un niño o en general un desvalido, es decir, una persona que por sí misma carece de la capacidad para desarrollar ninguna reacción defensiva. Y ello debido a que también en estos casos el autor alevoso emplea medios, modos o formas que impiden el ejercicio de la legítima defensa, y aunque es cierto que no imposibilita tal ejercicio *directamente* a la víctima —porque el niño pequeño o el desvalido de por sí son incapaces de ejercer este derecho—, sí lo hace *indirectamente*, puesto que la víctima desvalida no cuenta con otra posibilidad de ejercerlo sino a través del ejercicio delegado de este derecho por el tercero, lo cual además resulta jurídicamente posible en cuanto que el ordenamiento jurídico en el artículo 20.4 autoriza a ejercer este derecho no sólo en defensa propia sino también ajena. En último lugar, una excepción a la regla general de que los ataques a niños —u otros desvalidos— no tienen la consideración de alevosos se produce en los casos en que el autor ha elegido a la víctima en razón precisamente de su desvalimiento, porque escoger a la víctima desvalida frente a otras posibles en razón de su desvalimiento es precisamente la forma que el autor tiene de eliminar la defensa de la víctima.

CUADRAGÉSIMO QUINTA. Junto a las modalidades *usuales* de alevosía —proditoria, sorpresiva y por desvalimiento—, en alguna de sus decisiones el Tribunal Supremo admite la modalidad *especial* de alevosía doméstica o convivencial «derivada de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día». La introducción por la jurisprudencia de la modalidad convivencial o doméstica ha podido albergar el propósito de luchar contra el fenómeno de la violencia de género o —antaoño denominada precisamente— doméstica, buscando para estos casos la pena agravada aparejada a la circunstancia de alevosía. Sin embargo, cabe dudar, si este fuera el propósito, que la alevosía convivencial represente una solución frente a la violencia de género. En primer lugar porque muchas víctimas de violencia de género no conviven ya con el autor, pues suele ser habitual que la violencia comience o se radicalice a partir de la ruptura (de la convivencia); el autor no es entonces «la persona con la que la víctima convive día a día». Pero aun en el caso de que conviva, es difícil sostener, como exige el

Tribunal, que la víctima que sufre violencia de género confíe, a causa de la convivencia, en no ser objeto de un ataque. La convivencia, lejos de ser «generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado», lo que ha demostrado a la víctima de violencia de género es que tiene mucho que temer de su pareja, hasta el punto de que en lo que confía, contrariamente, es en que éste a la menor ocasión le producirá algún tipo de daño. De modo que si, como exige el Tribunal Supremo, en la modalidad convivencial debe apreciarse alevosía porque la convivencia generó confianza en no ser atacado, la aplicación de este criterio a los casos de violencia de género conduciría siempre a negar la circunstancia, dado que la convivencia lo que engendró fue, en cambio, cierta seguridad o confianza de la víctima en poder ser atacada en cualquier momento. Lo que representa justamente el objetivo contrario al supuestamente perseguido por el Tribunal Supremo de proteger a la víctima de violencia de género.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCACER GUIRAO, Rafael, «Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Tomo 52, Núm. 1-3, 1999.
- ALLEGRA, Giuliano, «Sulle “Circostanze di persona” del n. 5 dell’art. 61 C.P.», en *Rivista italiana di Diritto penale*, 1949.
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes, *El sistema de las circunstancias del delito: estudio general*, Edit.: Universidad de Valladolid, Departamento de Derecho penal, 1981.
- ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *La Alevosía (Estudio de determinados aspectos de la Agravante del N.º 1 del Código Penal)*, con Prólogo de Manuel Cobo del Rosal, Edit.: Universidad de Valencia, Valencia, 1982.

- ÁLVAREZ GARCÍA, Javier, «Artículo 10.1», en Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / Luis RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), *Código Penal Comentado*, Edit.: Akal, Madrid, 1990.

- ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, Edit.: A. Giuffrè, 16ª edición puesta al día e integrada por Luigi CONTI, Milán, 2003.

- ANTÓN ONECA, José, *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, Edit.: Artes Gráficas CIM., Madrid, 1965 (Separata de la revista de Estudios penitenciarios, Núm. 166, julio-septiembre 1964).

- ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, Edit.: Akal/iure, 2ª edición anotada y puesta al día, Madrid, 1986.

- ANTÓN ONECA, José / RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *Derecho Penal, Tomo I, Parte General*, Madrid, 1949.

- ANTÓN ONECA, José / RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial*, Madrid, 1949.

- ARIAS EIBE, Manuel José, «La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, Núm. 7, 2005.

- ARIAS EIBE, Manuel José, «La alevosía de segundo grado o abuso de superioridad como circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal. Estudio jurídico penal y jurisprudencial», en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Núm. 32, Año II, Vol. 2, Noviembre 2006.

- ARISTÓTELES, *Metafísica*, introducción, traducción y notas de Tomás CALVO MARTÍNEZ, Edit.: Gredos, Madrid, 1998.

- ARTZ, Günther, «Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig?», en Hans-Heinrich JESCHECK/ Otto TRIFFTERER (eds.), *Dokumentation über die mündliche Vorhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht am 22. und 23. März 1977*, Edit.: Nomos, Baden-Baden, 1977.

- ARTZ, Günther, «Die Einschränkung des Mordtatbestandes. Anmerkung zur jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs», en *Juristische Rundschau (JR)*, Cuaderno 1, 1979.

- ARZT, Günther, en Claus ROXIN / Gunther ARZT / Klaus TIEDEMANN (autores), *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, Versión española, notas y comentarios de los profesores Luis ARROYO ZAPATERO y Juan-Luis GÓMEZ COLOMER, Edit.: Ariel, Barcelona, 1989.

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, «Los delitos de homicidio en el Derecho vigente y en el futuro Código penal», en *Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del nuevo Código penal*, Vol. 1, Edit.: Gabinete de Documentación y Publicaciones (Secretaría General Técnica – Ministerio de Justicia), 37/40, Enero/Diciembre 1983.

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Edit.: Akal/iure, 4ª edición totalmente actualizada y basada en la nueva redacción del Código penal, LO 10/95, Madrid, 1997.

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Teoría y Práctica del Derecho Penal*, Tomo II, prólogo de Jacobo López Barja de Quiroga, Edit.: Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Marcial Pons, Madrid · Barcelona · Buenos Aires, 2009.

- BARBERO SANTOS, Marino, «Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Tomo 26, Núm. 3, 1973.

- BOCKELMANN, Paul, «Literaturbericht – Maurach, Reinhart: Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil II», en *Zeitschrift für die Gesamten Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Tomo 74, 1962.

- BOSCH, Nikolaus, «Heimtücke bei Tötung Besinnungsloser. BGH (3. Strafsenat), Urteil vom 18.10. 2007 — 3 StR 226/07 (LG Oldenburg)», en *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, Cuaderno 5, 2008.

- BINDING, *Die Entstehung der öffentlichen Strafe im germanisch-deutschen Recht. Rede, bei Antritt des Rektorats am 31. Oktober 1908*, Edit.: Edelman, Leipzig, 1908.

- BISACCI, Maria Chiara, «L'elemento soggettivo nella aggravante della minorata difesa», en *Cassazione penale*, fasc. 2, 1999.

- CAMAÑO ROSA, Antonio, *Legítima defensa, alevosía (Apartado de la “Revista de Criminología”)*, Edit.: Dirección General de Institutos Penales, 1958.

- CAMARGO HERNÁNDEZ, César, *La alevosía*, Edit.: Bosch, Barcelona, 1953.

- CANCIO MELIÁ, Manuel, en Miguel BAJO FERNÁNDEZ (dir.), Manuel CANCIO MELIÁ y OTROS (autores), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, Volumen I, Edit.: Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.

- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «¿Parricidio alevoso o asesinato de parientes? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986)», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Tomo 39, Núm. 3, 1986.

- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «Por una nueva regulación de los delitos contra la vida», en *Propuestas per a la Reforma Penal*, Recopilación de Ponencias, Edit.: Il·tre. Colegio de Abogados de Barcelona, 1991.

- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Edit.: Tirant lo Blanch, 2ª edición adaptada al Código penal de 1995, Valencia, 1996.

- CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en Tomás Salvador VIVES ANTÓN (coord.), Javier BOIX REIG y OTROS (autores), *Comentarios al Código Penal de 1995, Volumen I (Arts. 1 a 233)*, Edit.: Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

- CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, en Tomás Salvador VIVES ANTÓN, Enrique ORTS BERENGUER, Juan Carlos CARBONELL MATEU, José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (autores), *Derecho penal. Parte Especial*, Edit.: Tirant lo Blanch, 3ª edición actualizada de acuerdo con la ley orgánica 5/2010, Valencia, 2010.

- CARRARA, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa, Parte Especial*, Vol. I., Edit.: Depalma, Buenos Aires, 1945.

- CASTELLÓ NICÁS, Nuria, «El asesinato y sus circunstancias», en *Cuadernos de política criminal (CPC)*, Núm. 64, 1998.

- CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, Edit.: B de f, Montevideo – Buenos Aires, 2008.

- CHESTERTON, Gilbert Keith, *Ortodoxia*, versión castellana de Alfonso REYES, Edit.: Airon, 1930.

- CICERÓN, Marco Tulio, *Las leyes*, traducción, introducción y notas de Carmen Teresa PABÓN DE ACUÑA, Edit.: Gredos, Madrid, 2009.

- COBO DEL ROSAL, Manuel / CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «El delito de asesinato. Consideraciones sobre el delito de asesinato», en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Edit.: Servicio de Publicaións e Intercambio Científico da Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989.

- COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho Penal. Parte general*, Edit. Tirant lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 1996.

- COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho Penal. Parte General*, Edit.: Tirant lo Blanch, 5ª edición, Valencia, 1999.

- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, «En el límite entre dolo e imprudencia», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo 38, Núm.3, 1985.

- CÓRDOBA RODA, Juan, «Artículo 22.1», en Juan CÓRDOBA RODA / Mercedes GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte General (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio)*, Edit.: Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011.

- CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal conforme al “Código penal, texto refundido de 1944”*, Tomo I (*Parte General*), Edit.: Bosch, Barcelona, 1951.

- CUERDA RIEZU, Antonio Rafael, «¿Acaso no persigue ningún fin el Derecho penal cuando los jueces no imponen pena ni medida de seguridad?», en Carlos GARCÍA VALDÉS / Margarita Valle MARISCAL DE GANTE / Antonio Rafael CUERDA RIEZA / Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA / Rafael ALCACER GUIRAO (coords.), *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Volúmen 1, Edit.: Edisofer, Madrid, 2008.

- DANNHORN, Unna, «Anmerkungen zur subjektiven Tatseite bei Tötungsdelikten», en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, Año 27, Cuaderno 6, 2007.

- DE FRANCESCO, Giovannangelo, «Note in tema di concorso tra il delitto di sottrazione di incapaci e il sequestro di persona, e tra le aggravanti della minorata difesa e dell'abuso di relazioni», en *Cassazione Penale*, fasc. 3-4, 1979.

- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., «Artículo 22.1», en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), Tomo II, artículos 19 a 23, Edit.: Edersa, Madrid, 1999.

- DE LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel, *Discurso sobre las penas*, Edit.: Gráficas Santamaría, Victoria-Gasteíz, 2001.

- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «La alevosía en el Código Penal de 1995», en *Delitos contra las personas*, Edit.: Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

- DEL ROSAL FERNÁNDEZ, Juan, «Sobre la alevosía, atenuante de miedo insuperable y premeditación en el asesinato», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo 1, Núm. 3, 1948.

- DEL ROSAL FERNÁNDEZ, Juan, «Alevosía, atenuante análoga y encubrimiento en el delito de robo con homicidio», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Tomo 5, Núm. 1, 1952.

- DEL ROSAL FERNÁNDEZ, Juan, «De la alevosía (S. 28 de Abril de 1959)», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales (ADPCP)*, Tomo 13, Núm. 1, 1960.

- DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, Edit.: Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Los delitos de lesiones*, Edit.: Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «La víctima del delito en la política criminal y el derecho penal», en *Política Criminal y Derecho Penal –Estudios–*, Edit.: Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2013.

- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, en Miguel BAJO FERNÁNDEZ (dir.), Manuel CANCIO MELIÁ y OTROS (autores), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial), Volumen I*, Edit.: Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.

- FELIP I SABORIT, Felipe, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.) y RAGUÉS I VALLÈS, Ramón (coord.), *Lecciones de Derecho penal Parte Especial*, Edit. Atelier, 3ª edición, 2011, Barcelona.

- FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, *Homicidio y asesinato*, Edit.: Montecorvo, Madrid, 1964.

- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, prólogo de Norberto BOBBIO, Edit.: Trotta, Madrid, 1995.

- FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código Penal, Tomo I*, Edit.: Sucesores de Nogues, 1ª edición, Murcia, 1946.

- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, traducción de Aurelio GARZÓN DEL CAMINO, Edit.: Siglo XXI, 1ª edición, 14ª reimpresión, Madrid, 2008.

- FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nebst Einführungsgesetz*, 18ª edición, Tübingen, 1931.

- GEILEN, Bernd, «Heimtücke und kein Ende. Zur Agonie eines Mordmerkmals», en Walter STREE / Theodor LENCKNER / Peter CRAMER / Albin ESER (eds.), *Gedächtnisschrift für Horst Schröder (Schröder-GS)*, Edit.: Beck, Múnich, 1978.

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Tomo 20, Núm. 1-2, 1967.

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?», en *Estudios de Derecho penal*, Edit.: Civitas, 2ª edición, Madrid, 1981.

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «El sistema del Derecho penal en la actualidad», en *Estudios de Derecho penal*, Edit.: Civitas, 2ª edición, Madrid, 1981.

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Inducción y auxilio al suicidio», en *Estudios de Derecho Penal*, Edit.: Civitas, 2ª edición, Madrid, 1981.

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Acerca del dolo eventual», en *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, 2ª edición, Madrid, 1981.

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Constitución y aborto», en *Estudios de Derecho penal*, Edit.: Civitas, 2ª edición, Madrid, 1981.

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Pena de muerte y aborto», en *Estudios de Derecho penal*, Edit.: Civitas, 2ª edición, Madrid, 1981.

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo 43, Núm. 2, 1990.

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Concepto y Método de la ciencia del Derecho penal*, Edit.: Tecnos, Madrid, 1999.

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Concurso de leyes, error y participación en el delito (A propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Peñaranda)», en *Ensayos penales*, Edit.: Tecnos, Madrid, 1999.

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Recensión a CEREZO MIR, José: Curso de Derecho penal, Parte General, vol. III, Teoría jurídica del delito/2, Tecnos, Madrid 2001», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª Época, Núm. 13, 2004.

- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, «La realización del peligro en el resultado y la imputación al dolo en las desviaciones causales», en Enrique GIMBERNAT / Bernd SCHÜNEMANN / Jürgen WOLTER (edits.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal: Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal*

en homenaje al Profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor “Honoris Causa” por la Universidad Complutense de Madrid, Edit.: Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994.

- GÓMEZ PAVÓN, Pilar, «Dolo y formas imperfectas en los delitos de omisión. (A propósito de la reciente jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en esta materia)», en *Actualidad Penal*, 1994.
- GÓMEZ RIVERO, Carmen, «Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código penal», en *Revista de Derecho y Proceso penal (RDPP)*, Núm. 4, 2000.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, prólogo del prof. Dr. Tomás S. VIVES ANTÓN, Edit.: Universidad de Valencia, Valencia, 1988.
- GÖSSEL, Karl Heinz / DÖLLING, Dieter, *Strafrecht. Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte*, Edit.: C. F. Müller, 2ª edición reelaborada y ampliada, Heidelberg, 2004.

- GRACIA MARTÍN, Luis, en José Luis Díez RIPOLLÉS y Luis GRACIA MARTÍN (autores), *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Edit.: Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

- GRÜNEWALD, Anette, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, Edit.: Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

- GÜNTHER, Hans-Ludwig, «Lebenslang für „heimtückischen Mord“? Das Mordmerkmal „Heimtücke“ nach dem Beschluß des Großen Senats für Strafsachen», en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Año 35, Cuaderno 8, 1982.

- HASSEMER, Winfried, «Die Mordmerkmale, insbesondere „heimtückisch“ und „niedrige Beweggründe“ - BGHSt 23, 119», en *Juristische Schulung (JuS)*, Cuaderno 12, 1971.

- HASSEMER, Winfried, «Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social», en Santiago MIR PUIG (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Edit.: Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1982.

- HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, traducción de Francisco MUÑOZ CONDE y María del Mar DÍAZ PITA, Edit.: Temis, Santa Fé de Bogota, 1999.

- HASSEMER, Winfried, *Por qué no debe suprimirse el Derecho penal*, Edit.: Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), México, D. F., 2003.

- HILGEDORF, Eric, en Gunther ARZT / Ulrich WEBER / Bern HEINRICH / Erich HILGEDORF (autores), *Strafrecht. Besonderer Teil. Lehrbuch*, Edit.: Ernst und Werner Giesecking, 2ª edición, Bielefeld, 2009.

- HOBBS, *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, versión de Carlos MELLIZO, Edit.: Alianza, Madrid, 2002.

- HORN, Eckhard, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit. Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie*, Edit.: Duncker & Humblot, Berlín, 1969.

- HUSSERL, Edmund, *Investigaciones lógicas*, Tomo 1, versión de Manuel García MORENTE y José GAOS, Edit.: Alianza, 1ª edición, 2ª reimpresión, Madrid, 2006.

- JAKOBS, Günther, «Anmerkung zum BGH-Urteil vom 4.7.1984 – 3StR 199/84 (LG Mannheim)», en *Juristenzeitung (JZ)*, Tomo 39, 1985.

- JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría de la pena*, Edit.: Universidad externado de Colombia, Colombia, 1998.

- JAKOBS, Günther, «Gleichgültigkeit als dolus indirectus», en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Tomo 114, 2002.

- JESCHECK, Hans-Heinrich, «Anmerkung zum BGH-Beschluß vom 22.9.1956 – GSSt 1/56», en *Juristenzeitung (JZ)*, Tomo 12, 1957.

- JESCHECK, Hans-Heinrich, en Hans-Heinrich JESCHECK / Otto TRIFFTERER (eds.), *Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig? Dokumentation über die mündliche Verhandlung vor dem*

Bundesverfassungsgericht am 22. und 23. März 1977, Edit.: Nomos, Baden-Baden, 1977.

- JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, «El elemento psicológico en la alevosía», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Tomo 7, Núm. 3, 1954.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal. Tomo V*, Edit.: Losada, 3ª edición, Buenos Aires, 1976.
- KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, Werkausgabe, Band VIII, Wilhelm Weischedel (ed.), Edit.: Suhrkamp, 1ª edición, 1977.
- KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, traducción y notas de Adela CORTINA ORTS y Jesus CONILL SANCHO, Edit. Tecnos, 3ª edición, Madrid, 2002.
- KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht Besonderer Teil I. Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft*, Edit.: Nomos, 5ª edición, Bonn, 2012.

- KÖHLER, Michael, «Zur Abgrenzung des Mordes. Erörtert am Mordmerkmal „Verdeckungsabsicht“», en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 1980.

- KREY, Volker / HEINRICH, Manfred / HELLMANN, Uwe, *Strafrecht. Besonderer Teil. Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung. Band 1. Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte*, Edit.: W. Kohlhammer, 15ª edición completamente reelaborada, Stuttgart, 2012.

- KÜPER, Wilfried, «„Heimtücke“ als Mordmerkmal – Probleme und Strukturen», en *Juristische Schulung (JuS)*, Cuaderno 8, 2000.

- KÜPER, Wilfried, *Strafrecht. Besonderer Teil. Definitionen mit Erläuterungen*, Edit.: C. F. Müller, 5ª edición reelaborada, Heidelberg, 2002.

- LANDECHO VELASCO, Carlos María / MOLINA BLÁZQUEZ, María Concepción, *Derecho Penal. Parte General: redactado conforme al nuevo Código Penal de 23 de noviembre de 1995*, Edit.: Tecnos, 6ª edición, 2000.

- LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Edit.: Ariel Derecho, 1ª edición, Barcelona, 1994.

- LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dolo y conocimiento*, Edit.: Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dogmática y política criminal del aborto*, Edit.: Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, «Prevención general y psicoanálisis», en Santiago MIR PUIG (ed.), *Derecho penal y Ciencias sociales*, Edit.: Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1982.

- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Ed.: Universitas, Madrid, 1996.

- MAPELLI CAFFARENA, Borja, «El dolo eventual en el asesinato», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Tomo 41, Núm. 2, 1998.

- MARTÍN GONZÁLEZ, Fernando, *La alevosía en el Derecho español*, Edit.: Comares, Granada, 1998.

- MARTÍNEZ MARZOA, Felipe, *Iniciación a la Filosofía*, Edit.: Istmo, Madrid, 1974.

- MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil. Ein Lehrbuch*, Edit.: C. F. Müller, 5ª edición ampliada y reelaborada, Karlsruhe, 1969.

- MEYER, Maria-Katharina, «Zu den Begriffen der Heimtücke und der Verdeckung einer Straftat», en *Juristische Rundschau (JR)*, Cuaderno 11, 1979.

- MEYER, Maria-Katharina, «Zu den Begriffen der Heimtücke und der Verdeckung einer Straftat», en *Juristische Rundschau (JR)*, Cuaderno 12, 1979.

- MEYER, Maria-Katharina, «Zum Mordmerkmal der Heimtücke», en *Juristische Rundschau (JR)*, Cuaderno 4, 1986.

- MILTÓN PERALTA, José, «Homicidios por odio como delitos de sometimiento (Sobre las razones para agravar el feminicidio, el homicidio por odio a la

orientación sexual y otros homicidios por odio)», en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Núm. 4, 2013.

- MIR PUIG, Santiago, «Aborto y Constitución», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nueva Época, Núm. 66, otoño 1982.
- MIR PUIG, Santiago, «La perspectiva «ex ante» en Derecho penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo 36, Núm. 1, 1983.
- MIR PUIG, Santiago, «Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena», en Roberto BERGALLI y Juan BUSTOS (dirs. y compiladores), *El poder penal del Estado, Homenaje a Hilde Kaufmann*, Edit.: De Palma, Buenos Aires, 1985.
- MIR PUIG, Santiago, «Sobre la relación entre parricidio y asesinato (Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986, 29 de septiembre de 1986 y 31 de octubre de 1987)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo 41, Núm. 3, 1988.

- MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Edit.: Ariel, Barcelona, 1994.

- MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal: concepto y método*, Edit.: B de F, 2ª edición, Montevideo-Buenos Aires, 2002.

- MIR PUIG, Santiago, «Límites del normativismo en Derecho penal», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, Núm. 7, 2005.

- MIR PUIG, Santiago, «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal», en Juan Carlos CARBONELL MATEU / José Luis GONZÁLEZ CUSSAC / Enrique ORTOS BERENGUER (dirs.) y María Luisa CUERDA ARNAU (coord.), *Constitución, Derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Savador Vives Antón)*, Tomo II, Edit.: Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Edit.: Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011.

- MIZRAHI, Esteban, *Los presupuestos filosóficos del Derecho penal contemporáneo. Conversaciones con Günther Jakobs*, Edit.: Universidad Nacional de la Matanza, Buenos Aires, 2012.

- MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes, Tomo I*, vertido al castellano con notas y observaciones por Siro GARCÍA DEL MAZO, Edit.: Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1906.

- MORALES PRATS, Fermín, en Gónzalo QUINTERO OLIVARES (dir.), Fermín MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Edit.: Aranzadi, 9ª edición, Pamplona, 2011.

- MOSBACHER, Andreas, «Anmerkung: Heimtückischer Mord an einem Schlafenden, BGH, Urt. v. 10. 5. 2007 – 4 StR 11/07 (LG Dortmund),» en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, Año 27, Cuaderno 24, 2007.

- *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch §§ 185-262*, Dr. Klaus MIEBACH und Dr. Günther M. SANDER (redactores del tomo), Edit.: C. H. Beck, München, 2003, SCHNEIDER § 211.

- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte especial*, Edit.: Tirant lo Blanch. 19ª edición, completamente revisada y puesta al día, Valencia, 2013.

- MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Edit.: Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día, Valencia, 2010.

- MÜSSIG, Bernd, «Normativierung der Mordmerkmale durch den Bundesgerichtshof? Kriterien der Tatverantwortung bzw. Tatverlassung als Interpretationsmuster für die Mordmerkmale», en Gunter WIDMAIER / Heiko LESCH / Bernd MÜSSIG / Rochus WALLAU (eds.), *Festschrift für Hans Dahs (Dahs-FS)*, Edit.: Dr. Otto Schmidt, Colonia, 2005.

- NAGLER, Johannes, *Die Strafe. Eine juristisch-kriminalistische Untersuchung*, Leipzig, 1918.

- NIESE, Werner, «Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Bd. 3 der Amtlichen Sammlung – Entscheidungen zum materiellen Strafrecht)», en *Juristenzeitung (JZ)*, Tomo 8, 1953.

- *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, Urs KINDHÄUSER / Ulfrid NEUMANN / Hans-Ulrich PAEFFGEN (eds.), Edit.: Nomos, 4ª edición, Baden-Baden, 2013, NEUMANN, Ulfrid § 211.

- NUVOLONE, Pietro, «L'art. 61, n. 5 c.p. e il momento consumativo del reato», en *Rivista italiana di Diritto penale*, 1948.

- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio / HUERTA TOCILDO, Susana, *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, Edit.: Rafael Castellanos, 2ª edición corregida y aumentada, Madrid, 1986.

- ORTEGA Y GASSET, José, «Vieja y nueva Política (Conferencia dada en el Teatro de la Comedia el 23 de Marzo de 1914)», en *Obras Completas de José Ortega y Gasset*, Tomo I (1902-1916), Edit.: Revista de Occidente, 7ª edición, Madrid, 1966.

- ORTEGA Y GASSET, José, «Del Realismo en pintura», en *Obras Completas de José Ortega y Gasset*, Tomo I (1902-1916), Edit.: Revista de Occidente, 7ª edición, Madrid, 1966.

- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, «La referencia político-criminal en el Derecho penal contemporáneo», en Emilio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Manuel GURDIEL SIERRA y Emilio CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Edit.: Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- OTTO, Harro, «Straftaten gegen das Leben», en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Tomo 83, Cuaderno 1, 1971.

- OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, Edit.: Walter de Gruyter, 5ª edición releaborada, Berlín·Nueva York, 1998.

- PAGLIARO, Antonio, *Principi di Diritto Penale, Parte Generale*, Edit.: Dott. A. Giuffré, 8ª edición, Milán, 2003.

- PANNAIN, Remo, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Edit.: Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), Torino, 1965.

- PAWLIK, Michael, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, Edit.: Duncker & Humblot, Berlín, 2004.

- PAWLIK, Michael, «La pena retributiva y el concepto de delito», en *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, Edit.: Marcial Pons, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, 2010.

- PAWLIK, Michael, «El terrorista y su derecho; sobre la posición teórico-jurídica del terrorismo moderno», en *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, Edit.: Marcial Pons, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, 2010.

- PAWLIK, Michael, «El funcionario policial como garante de impedir delitos», en *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, Edit.: Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010.

- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en Miguel BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), Manuel CANCIO MELIÁ y OTROS (autores), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial), Volumen I*, Edit.: Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.

- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Estudios sobre el delito de asesinato*, Edit.: B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2014.

- PLATÓN, «Protágoras», en *Diálogos*, Tomo I, introducción general del Francisco LISI, traducción y notas de Julio CALONGE RUIZ, Emilio LLEDÓ ÍÑIGO y Carlos GARCÍA GUAL, Edit.: Biblioteca Básica Gredos, Madrid, 2000.

- PLATÓN, «Banquete», en *Diálogos*, Tomo III, introducciones, traducciones y notas de Carlos GARCÍA GUAL, Marcos MARTÍNEZ HERNÁNDEZ y Emilio LLEDÓ ÍÑIGO, Edit.: Biblioteca Básica Gredos, Madrid, 2000.

- PLATÓN, *La República*, *Diálogos*, Tomo IV, introducción, traducción y notas de Conrado EGGERS LAN, Edit.: Biblioteca Básica Gredos, Madrid, 2010.

- PLATÓN, *Las leyes*, *Diálogos*, Tomo VIII, traducción y notas de Francisco LISI, Edit.: Biblioteca Gredos, Madrid, 2007.

- PUENTE SEGURA, Leopoldo, *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Edit.: Colex, Madrid, 1997.

- PUIG PEÑA, Federico, «Alevosía», en *Nueva Enciclopedia Jurídica (NEJ)*, Tomo II, Edit.: Francisco Seix, Barcelona, 1950.

- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Curso de Derecho Penal, Tomo I*, Edit.: Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, I Infracciones contra la persona en su realidad física*, 2ª edición puesta al día por Enrique GIMBERNAT ORDEIG, Edit.: Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972.

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Edit.: Aranzadi, 2ª edición, Pamplona, 2000.

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, con la colaboración de Fermín MORALES PRATS, Edit.: Aranzadi, 4ª edición revisada, ampliada y puesta al día, Navarra, 2010.

- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Edit.: J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.

- RAMACCI, Fabrizio, *Corso di Diritto penale*, Edit.: G Giappichelli, 3ª edición, Turín, 2005.

- RAMAJOLI, Sergio, «Considerazioni sull'aggravante della minorata difesa», en *Archivio Penale*, Tomo II, 1954.

- RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (I)», en *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, Año 33º, 1979.

- RENGIER, Rudolf, «Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (II)», en *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, Año 34º, 1980.

- RENGIER, Rudolf, «Zur aktuellen Heimtücke-Rechtsprechung 30 Jahre nach BverfGE 45, 187», en Michael HETTINGER / Jan ZOPFS, Thomas HILLENKAMP / Michael KÖHLER / Jürgen RATH / Franz STRENG / Jürgen WOLTER (eds.), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag (Küper-FS)*, Edit.: C. F. Müller, Heidelberg, 2007.

- RENGIER, Rudolf, *Strafrecht. Besonderer Teil II. Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit*, Edit.: C. H. Beck, 15ª edición reelaborada, Múnich, 2014.

- RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte especial*, 10ª edición revisada y puesta al día, con autorización del autor, por Alfonso SERRANO GOMEZ, Edit.: Dykinson, Madrid, 1987.

- ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Edit.: Comares, Granada, 2004.

- ROXIN, Claus, «Franz von Liszt y la concepción políticocriminal del Proyecto Alternativo», en *Problemas básicos del Derecho penal*, traducción y notas por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Edit.: Reus, Madrid, 1976.

- ROXIN, Claus, «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos del Derecho penal*, traducción y notas por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Edit.: Reus, Madrid, 1976.

- ROXIN, Claus, «“Aberratio ictus” e imputación objetiva», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo 37, Núm. 2, 1984.

- ROXIN, Claus, en Claus ROXIN / Gunther ARZT / Klaus TIEDEMANN (autores), *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, Versión española, notas y comentarios de los profesores Luis ARROYO ZAPATERO y Juan-Luis GÓMEZ COLOMER, Edit.: Ariel, Barcelona, 1989.

- ROXIN, Claus, «Sobre la significación de la sistemática y la dogmática del Derecho penal», en *Política criminal y estructura del delito (Elementos del delito en base a la política criminal)*, traducción de Juan BUSTOS RAMÍREZ y Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE, Edit.: Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992.

- ROXIN, Claus, «Los últimos desarrollos de la política criminal», en *Política criminal y estructura del delito (Elementos del delito en base a la política criminal)*, traducción de Juan BUSTOS RAMÍREZ y Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE, Edit.: Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992.

- ROXIN, Claus, «Cuestiones básicas de la teoría del injusto», en *Política criminal y estructura del delito (Elementos del delito en base a la política criminal)*, traducción de Juan BUSTOS RAMÍREZ y Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE, Edit.: Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992.

- ROXIN, Claus, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, traducción de Carmen GÓMEZ RIVERO y María del Carmen GARCÍA CANTIZANO, Edit.: Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, traducción e introducción de Francisco MUÑOZ CONDE, Edit.: Hammurabi, 2ª edición, Buenos Aires, 2002.

- ROXIN, Claus, «Anmerkung BGH, Urteil v. 12. 2. 2003 – 1 StR 403/02 (LG Nürnberg-Fürth) (Zu BGH 48 207)», en *Juristen Zeitung (JZ)*, Tomo 58, 2003.

- ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen · Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Edit.: C. H. Beck, 4ª edición, Múnich, 2006.

- ROXIN, Claus, «Zur normativen Einschränkung des Heimtückemerkmals beim Mord», en *Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften. Festschrift für Günther Widmaier zum 70. Geburtstag (Widmaier-FS)*, Edit.: Carl Heymanns, Berlín, 2008.

- SALINERO ALONSO, Carmen, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código penal*, Edit.: Comares, Granada, 2000.

- SANVICENTE SAMA, Alejandro, «Investigación del concepto jurisprudencial de la alevosía», en *Revista General de Derecho*, Año VI, Núm. 65, Febrero, 1950.

- SANZ MORÁN, Angel José, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo 48, Núm. 3, 1995

- SCHAFFSTEIN, Friedrich, «Zur Auslegung des Begriffs der „heimtückischen“ Tötung als Mordmerkmal», en Friedrich GEERDS / Wolfgang NAUCKE (eds.), *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965 (Mayer-FS)*, Edit.: Duncker & Humblot, Berlín.

- SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Edit.: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1958.

- SCHMIDHÄUSER, Eberhard, «Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 21. 6. 1977», en *Juristische Rundschau (JR)*, Cuaderno 7, 1978.

- SCHMOLLER, Kurt, «Überlegungen zur Neubestimmung des Mordmerkmals “heimtückisch”», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Tomo 99, Cuaderno 3, 1987.

- *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, Edit.: C. H. Beck, 29^a edición reelaborada nuevamente, Múnich, 2014, ESER/STERNBERG-LIEBEN § 211.

- SCHREIBER, Hans-Ludwig, «Grundfälle zu „error in objecto“ und „aberratio ictus“ im Strafrecht», en *Juristische Schulung (JuS)*, Año 25, 1985.

- SEGRELLES DE ARENAZA, Iñigo, «Artículo 22.1», en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, artículos 19 a 23, Edit.: Edersa, Madrid, 1999.

- SÉNECA, *Sobre la ira*, traducción castellana de Juan MARINÉ ISIDRO, Edit.: Biblioteca Básica Gredos, Madrid, 2001.

- SERRANO GÓMEZ, Alfonso / GÓMEZ MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal. Parte Especial*, Edit.: Dykinson, 16ª edición, Madrid, 2011.

- SERRANO MAÍLLO, Alfonso, «Elementos de autor en el asesinato», en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 14, 1999.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «“Aberratio ictus” e imputación objetiva», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo 37, Núm. 2, 1984.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Edit.: Bosch, Barcelona, 1992.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Política criminal en la dogmática: Algunas cuestiones sobre su contenido y límite», en ROXIN (autor), *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, traducción de Carmen GÓMEZ RIVERO y María del Carmen GARCÍA CANTIZANO, Edit.: Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal», en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª Época, Núm. 9, 2002.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Núm. 2, 2007.

- SOTO NIETO, Francisco, «La alevosía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista jurídica La Ley*, 2005, Vol. 1.

- SPENDEL, Günter, «„Heimtücke“ und gesetzliche Strafe bei Mord. Zum Urteil des BGH v. 26. 8. 1982 – 4 StR 357/82», en *Juristische Rundschau (JR)*, Cuaderno 7, 1983.

- WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, Edit.: De Gruyter, 11ª edición reelaborada y ampliada, Berlín, 1969.

- WELZEL, Hans, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Edit.: de Gruyter, Berlín, 1975.

- WESSELS, Johannes/HETTINGER, Michael, *Strafrecht. Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte*, Edit.: C. F. Müller, 37^a edición reelaborada, Heidelberg·Múnich·Landberg·Frechen·Hamburgo, 2013.

- WOESNER, Horst, «Moralisierende Mordmerkmale», en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Año 31, Cuaderno 21, 1978.

- ZAPATA MEDINA, Jorge, *Jurisprudencia sobre la alevosía (Art. 12 N° 1° del Código Penal) (1907 – 1964)*, Edit.: Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1966.

- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, «La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Tomo 39, Núm. 2, 1986.

ÍNDICE DE SENTENCIAS

En este índice y a lo largo de la tesis las sentencias del Tribunal Supremo son citadas conforme al “Repertorio Oficial de Jurisprudencia” (ROJ). El ROJ es un acrónimo que significa “Repertorio Oficial de Jurisprudencia”, y es el número con el que el “Centro de Documentación Judicial” (CENDOJ)⁷⁵² identifica las resoluciones. Este número está formado por:

- Tipo de resolución (A para auto o S para sentencia): en nuestro caso S.
- Iniciales del órgano judicial y el acrónimo del lugar, separados por un espacio, a excepción del TS y AN que no lo precisan al tener sede única: en nuestro caso TS.
- Número y año de la resolución separados por una / (barra).

Siguiendo este listado, un ejemplo de ROJ: STS 117/2010 sería la Sentencia del Tribunal Supremo número 117 del año 2010.

El periodo que se ha tomado para estudiar las sentencias del Tribunal Supremo abarca algo más de cinco años; desde enero de 2010 al 31 de agosto de 2015. Sin embargo, en ocasiones, a lo largo de la tesis se citan sentencias anteriores a dicho periodo.

⁷⁵² CENDOJ: El Centro de Documentación Judicial (Cendoj) es el órgano técnico del Consejo General del Poder Judicial que se ocupa de la publicación oficial de la jurisprudencia ([art. 560.1.10ª de la L.O. 4/2013](#)), así como de las demás competencias en el ámbito de la documentación y de los servicios de gestión del conocimiento. En ejercicio de esta misión, el Cendoj ofrece servicios de apoyo e información a los miembros de la Carrera Judicial. Para ello facilita el acceso a todo tipo de fuentes documentales (jurisprudencia, legislación y publicaciones) que son utilizados en el desarrollo de la actividad judicial, presta servicios de búsqueda de documentación y se ocupa tanto de la red de bibliotecas judiciales como del desarrollo de los entornos web del Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia. El Cendoj fue creado en el año 1996 y desde entonces, presta sus servicios, principalmente, a los miembros de la Carrera Judicial, participando activamente en foros nacionales e internacionales en colaboración con el Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial. En el ámbito europeo, participa en las actividades de la [Red Europea de Consejos del Poder Judicial](#), así como en grupos de trabajo de la Unión Europea. Su actividad también le lleva a participar en proyectos de cooperación internacional que permiten la creación de Centros de similares características en otros países, contribuyendo al fortalecimiento del Estado de Derecho así como a la transparencia en el ejercicio de las funciones propias del Poder Judicial. Esta actividad ha permitido crear redes internacionales de colaboración como es el caso de la [Red Iberoamericana de Información y Documentación Judicial \(Iberius\)](#). La sede del Cendoj está situada en el Palacio de Justicia de San Sebastián, en virtud del [Convenio suscrito entre el Consejo General del Poder Judicial y el Gobierno Vasco con fecha 31 de octubre de 1996](#).

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
2010				
STS 117/2010 (19/1/2010)	Homicidio consumado y tentativa de homicidio	No se pronuncia	NO	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: enfrentamiento físico precedido de un intercambio de palabras. El ataque no está dirigido al inicio a causar la muerte, este propósito surge cuando la víctima se defiende con un cuchillo que le es arrebatado por el autor. - Elementos o requisitos de la alevosía. - La esencia o núcleo de la alevosía. - Alevosía sorpresiva
STS 922/2010 (22/1/2010)	Asesinato alevoso consumado y tentativa de asesinato alevoso con atenuante de reparación del daño	No se pronuncia	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: disparos por el autor (un cazador) desde una ventana dominando completamente la situación, es un escenario de tiro al blanco, sin riesgo alguno para el tirador. - Elementos o requisitos de la alevosía. - El núcleo o esencia de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - Uso de arma de fuego frente a desarmado constituye supuesto típico de alevosía. - Tipo de defensa que excluye la alevosía: activa.
STS 112/2010 (25/1/2010)	Asesinato alevoso	No se pronuncia	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: la víctima estaba limitada físicamente, es agredida por dos personas brutalmente.
STS 636/2010 (28/1/2010)	Homicidio con agravante de abuso de superioridad y atenuante de arrebató	No se pronuncia	NO	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: pese a actos previos de vigilancia y una irrupción sorpresiva en el lugar de los hechos, el ataque se lleva a cabo delante de cuatro personas que de antemano no se tiene la garantía de poder controlar. - Modalidades de la alevosía.
STS 544/2010 (2/2/2010)	Asesinato alevoso	Sorpresiva	NO (se aprecia un homicidio con agravante de abuso de superioridad)	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: el ataque no fue sorpresivo porque la víctima ya estaba advertida del cuchillo. - Relación alevosía con abuso de superioridad.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 760/2010 (8/2/2010)	Asesinato alevoso	Sorpresiva	Sí	- Elementos probatorios de la alevosía: una víctima esta en la cama desprevenida no pudiendo ofrecer defensa alguna, y otra es agredida de forma inesperada.
STS 910/2010 (25/2/2010)	Asesinato alevoso consumado y tentativa de asesinato alevoso	Sorpresiva, por desvalimiento	Sí (el Tribunal no aprecia en la tentativa abuso de superioridad en la tentativa en lugar de alevosía por considerarlo (!) irrelevante a efectos de pena)	- Elementos probatorios de la alevosía: existió una discusión previa, y antes del atropello el autor hizo trompos que alertaron al las víctimas, no se anulaban totalmente las posibilidades de defensa - Modalidades de alevosía. - Compatibilidad de la alevosía con el dolo eventual. - Alevosía sobrevenida. - Relación alevosía con abuso de superioridad.
STS 1479/2010 (2/3/2010)	Homicidio doloso	Sorpresiva, por desvalimiento	NO (en lugar de alevosía se estima abuso de superioridad)	- Elementos probatorios de la alevosía: no se conoce la situación previa al disparo, cuándo se exhibió la pistola y cómo la utilizó, si la víctima se apercibió y pudo defenderse, el fallecido estaba amenazado por el acusado hasta el punto de no conciliar el sueño y guardaba un arma defensiva en el coche, cuando le vé y detiene el coche está avisado, la víctima no es persona desvalida. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - Alevosía sorpresiva: genérica y sobrevenida.
STS 975/2010 (2/3/2010)	Tentativa de asesinato alevoso	Sorpresiva	Sí	- Elementos probatorios de la alevosía: ataque sorpresivo con la víctima de espaldas, y sin capacidad reactiva. - Compatibilidad de la alevosía con el dolo eventual.
STS 2268/2010 (15/3/2010)	Asesinato alevoso con atenuante de drogadicción	Sorpresiva	Sí	- Elementos probatorios de la alevosía: dos conductores bajan del coche por un incidente irrelevante, ni el motivo ni la confrontación verbal hacen esperar un apuñalamiento en el corazón rápido y de carácter súbito e inesperado sin que la víctima se pueda defender, atacar frente a frente excluye la alevosía proditoria, no la sorpresiva.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 1867/2010 (25/3/2010)	Homicidio doloso consumado y tentativa de homicidio doloso con agravante de abuso de superioridad con agravante de abuso de superioridad y atenuante analógica de drogadicción	Proditoria, sorpresiva y por desvalimiento	NO (en su lugar se aprecia abuso de superioridad)	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: el homicidio es el curso de un robo, no existe la previa confianza de la emboscada traicionera, ni el ataque fue súbito o repentino con un cuchillo que se empuña desde el inicio, ni la víctima es desvalida. Hay intención de robar no de matar y ante la reacción defensiva de la víctima se produce el homicidio. - La esencia o núcleo de la alevosía. - Modalidades de la alevosía.
STS 1569/2010 (30/3/2010)	Homicidio doloso	Sorpresiva, proditoria	NO	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: la agresión es mutua y se inicia por el fallecido. Éste está armado con un palo de hockey y el agresor con una navaja. - Elementos o requisitos de la alevosía.
STS 3532/2010 (16/4/2010)	Asesinato alevoso con agravante de parentesco y atenuante de confesión	No se pronuncia	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: ataque por la espalda con instrumento que aumenta la capacidad agresiva. - La esencia o núcleo de la alevosía.
STS 3248/2010 (20/4/2010)	Tentativa de asesinato alevoso con agravante de disfraz	Sorpresiva	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: agresión súbita por la espalda a víctima totalmente desprevenida cuando se encuentra sentada en un parque.
STS 2798/2010 (22/4/2010)	Tentativa de asesinato alevoso	Sorpresiva	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: ataque con navaja de forma imprevista y sorpresiva. - Compatibilidad de la alevosía con el dolo eventual.
STS 2019/2010 (22/4/2010)	Asesinato alevoso con agravante de discriminación ideológica	Sorpresiva	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: apuñalamiento rapidísimo, súbito y fulgurante con una navaja que estaba ya abierta y escondida. La víctima por encontrarse acompañada no receló de la agresión mortífera, aunque fueran previsibles insultos, amenazas o empujones. - Elementos o requisitos de la alevosía.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 2901/2010 (27/4/2010)	Asesinato alevoso con agravante de parentesco	Sorpresiva	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: el autor tras esperar apostado a la víctima la dispara por la espalda con una escopeta de forma sorpresiva y sin posibilidad de defensa. Es indiferente que la víctima estuviera genéricamente prevenida del peligro. - La esencia o núcleo de la alevosía. - Modalidades de la alevosía.
STS 3250/2010 (4/5/2010)	Asesinato alevoso (absolución por eximente incompleta de enajenación mental)	Sorpresiva	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: ataque sorpresivo a la víctima sin mediar palabra y continuación de la agresión cuando ya no se puede defender después de un primer golpe que la aturde. La víctima no tiene lesiones de defensa. - Compatibilidad de la alevosía con la eximente completa de enajenación mental.
STS 2563/2010 (14/5/2010)	Tentativa de asesinato alevoso con agravantes de disfraz y aprovechamiento de las circunstancias de lugar y tiempo	Sorpresiva	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: ataque sorpresivo con armas de tres personas sobre la víctima que se encuentra en el interior de un coche distraído y sin defensa. - El núcleo o esencia de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - El aprovechamiento de las circunstancias de lugar y tiempo es compatible con la alevosía. - El doble objeto del dolo en el asesinato alevoso. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - Compatibilidad de la alevosía con el dolo eventual.
STS 3760/2010 (28/5/2010)	Tentativa de asesinato alevoso con agravante de parentesco	No se pronuncia	Sí (en lugar de tentativa de asesinato se aprecia lesiones cualificadas alevosas del 148.2)	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: administración de veneno. - El uso de sustancia tóxica en bebida o comida facilitada a la víctima sin su conocimiento reúne todos los requisitos de la alevosía.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 2969/2010 (2/6/2010)	Asesinato alevoso con eximente incompleta de trastorno mental transitorio	Sorpresiva	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: la autora rocía con gasolina y prende fuego a la víctima eliminando toda posibilidad de defensa. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - Compatibilidad de la alevosía con la eximente de alteración psíquica
STS 3684/2010 (2/6/2010)	Asesinato alevoso con agravante de parentesco y atenuante de embriaguez	No se pronuncia	NO (se absuelve del delito de asesinato)	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: se absuelve del delito de asesinato
STS 3550/2010 (8/6/2010)	Tentativa de asesinato alevoso con atenuante analógica de embriaguez	Sorpresiva	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: lapso de tiempo entre la discusión previa y la agresión. El acometimiento se produce de forma sorpresiva y rápida en zona del cuerpo y con un arma que no permite posibilidad de defensa. - Relación alevosía con abuso de superioridad.
STS 3337/2010 (14/6/2010)	Asesinato alevoso	Sorpresiva y por desvalimiento	SÍ (en lugar de por asesinato se condena por lesiones cualificadas del 148.1 con agravante de alevosía)	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: ataque rápido de dos personas con navaja contra víctima que ha ingerido gran cantidad de alcohol.
STS 3545/2010 (16/6/2010)	Asesinato alevoso	Sorpresiva	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: ataque inopinado con un martillo sin que exista posibilidad de defensa. - Alevosía sorpresiva. - Las lesiones de defensa no excluyen la alevosía si responden a un lógico instinto de supervivencia por el que se mueven las manos o los brazos para proteger la cabeza.
STS 3842/2010 (17/6/2010)	Asesinato alevoso con atenuante analógica de dilaciones indebidas	Sorpresiva	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: falta de cualquier síntoma de acción defensiva, ataque con arma de fuego. - Uso de arma de fuego frente a desarmado constituye supuesto típico de alevosía.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 4063/2010 (18/6/2010)	Asesinato alevoso con agravante de disfraz	No se pronuncia	SÍ	- Relación alevosía con abuso de superioridad.
STS 3967/2010 (29/6/2010)	Tentativa de homicidio doloso con agravantes de parentesco y disfraz	No se pronuncia	NO	- Elementos probatorios de la alevosía: la víctima pudo defenderse y se defendió de un ataque que pretendía asfixiarla con una bolsa de plástico. - Regulación histórica del asesinato alevoso. - El núcleo o esencia de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - El doble objeto del dolo en el asesinato alevoso.
STS 4140/2010 (6/7/2010)	Asesinato alevoso	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: a pesar de la discusión previa existió un lapso de tiempo respecto de la muerte por disparo; se trata de dos acciones. Disparo con revólver en la sien cuando la víctima está sentado sin saber qué hace el autor.
STS 5136/2010 (7/7/2019)	Homicidio, asesinato (absolución)	No se pronuncia	NO (se condena por homicidio consumado sin circunstancias modificativas)	- Elementos probatorios de la alevosía: no hay elementos fácticos que justifiquen la alevosía
STS 4230/2010 (7/7/2010)	Asesinato alevoso	Sorpresiva	NO (en lugar de asesinato se aprecia homicidio con agravante de abuso de superioridad)	- Elementos probatorios de la alevosía: hubo discusión previa, amenazas e insultos. Ataque cara a cara sin que concurra el elemento subjetivo dirigido a asegurar la ejecución eliminando la defensa. - Alevosía sobrevenida.
STS 4124/2010 (14/7/2010)	Asesinato alevoso	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: ataque en grupo súbito e inesperado con armas y sin posibilidad de defensa o huida para la víctima.
STS 4372/2010 (22/7/2010)	Lesiones cualificadas del 148.1 con agravante de alevosía.	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: ataque sorpresivo a la víctima con palos, spray autodefensa y pistola de fogueo mientras está dormida. - Compatibilidad de la alevosía con las lesiones cualificadas del 148.1.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 5468/2010 (15/9/2010)	Lesiones cualificadas del 148.1, .2 (alevosía) y 4.	No se pronuncia	SÍ (en lugar de por lesiones del 148 se condena por lesiones del 150 con las agravantes de alevosía y de relación análoga a la del cónyuge)	- No se pronuncia (la sentencia no trata específicamente de alevosía, se cita por el interés que presenta la compatibilidad de la alevosía con las lesiones)
STS 4959/2010 (17/9/2010)	Asesinato	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: ataque por la espalda con arma de fuego, súbito, sorpresivo e inesperado mientras la víctima juega al fútbol sin medios de defensa. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía.
STS 5163/2010 (29/9/2010)	Tentativa de asesinato con agravante de parentesco	No se pronuncia	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: ataque con arma letal a persona desarmada que no puede escapar. - La esencia de la alevosía
STS 5299/2010 (4/10/2010)	Homicidio con atenuante analógica de colaboración	No se pronuncia	NO	- Elementos probatorios de la alevosía: en un forcejo que degenerará en lucha.
STS 5289/2010 (6/10/2010)	Homicidio doloso con eximente incompleta de alteración psíquica	Sorpresiva	NO	- Elementos probatorios de la alevosía: puede esperarse un acto agresivo de quien no se detiene previamente en un control policial y ha efectuado también antes un acto violento contra otro agente. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - Alevosía sobrevenida / riña previa.
STS 5129/2010 (6/10/2010)	Lesiones cualificadas alevosas del 148.2	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: ataque de tres individuos inesperado a una víctima que está confiada y se ha agachado para recoger sus perros.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 5298/2010 (11/10/2010)	Asesinato doloso con agravante de parentesco y atenuantes de confesión, reparación del daño y eximente incompleta de enfermedad mental o alteración psíquica	Sorpresiva	NO (en lugar de alevosía, se aprecia homicidio con la agravante de abuso de superioridad)	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: las lesiones en el cuello no denotan necesariamente una agresión sorpresiva, existe cierto tiempo de forcejeo en el que la víctima intenta defenderse e interviene un tercero. Aunque no se esperase el ataque su forma de comisión no fue sorpresiva. - Alevosía sorpresiva. - Relación abuso de superioridad y alevosía. - Principio acusatorio (alevosía y abuso de superioridad).
STS 6263/2010 (3/11/2010)	Tentativa de asesinato	No se pronuncia	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: disparo con escopeta a quien está desarmado, pese a la existencia de un aviso previo. - Uso de arma de fuego frente a desarmado constituye supuesto típico de alevosía.
STS 6479/2010 (18/11/2010)	Lesiones del 147.1	Sorpresiva	NO	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: el factum no permite apreciar alevosía.
STS 6815/2010 (22/11/2010)	Homicidio doloso agravado con abuso de superioridad	Sorpresiva y proditoria	NO	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: disparos previos contra la fachada de la víctima que excluye la sorpresa y el acecho. Ante esta situación la víctima debió tomar precauciones; su salida a la calle fue temeraria
STS 7732/2010 (27/11/2010)	Lesiones del 147.1 con agravante de abuso de superioridad	Sorpresiva	NO	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: aunque el motín no fuera esperable, no son sorpresivas las acciones ejecutivas de las lesiones causadas durante su desarrollo. No hubo indefensión aunque sí aminoración de las posibilidades de defensa. - Alevosía sorpresiva.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 7043/2010 (2/12/2010)	Homicidio con agravante de abuso de superioridad y atenuantes de reparación del daño e intoxicación etílica	No se pronuncia	NO	- Elementos probatorios de la alevosía: el autor se aprovechó de su superioridad física y de su conocimiento de técnicas marciales. Las posibilidades de defensa de la víctima estaban muy limitadas sin llegar a estar eliminadas. - Principio acusatorio (alevosía y abuso de superioridad)
STS 7333/2010 (22/12/2010)	Tentativa de homicidio doloso con atenuante de reparación del daño	Sorpresiva, proditoria y por desvalimiento	SÍ (se aprecia tentativa de asesinato alevoso)	- Elementos probatorios de la alevosía: los autores planifican y esperan la salida de un bar de la víctima que no pudo prever el ataque y fue golpeada en una segunda fase estando ya inconsciente. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - Compatibilidad alevosía con dolo eventual.
STS 7542/2010 (22/12/2010)	Lesiones cualificadas del 148.1 con agravante de alevosía	No se pronuncia	SÍ	- No se pronuncia (la sentencia no trata específicamente de alevosía, se cita por el interés que presenta la compatibilidad de la alevosía con las lesiones)
STS 7369/2010 (22/12/2010)	Tentativa de asesinato alevoso	No se pronuncia	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: apuñalamiento inesperado cuando la víctima está en situación de inermidad.
STS 7174/2010 (23/12/2010)	Asesinato alevoso con agravante de parentesco y atenuante de confesión	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: el autor roció sorpresivamente y prendió fuego a la víctima.
2011				
STS 352/2011 (26/1/2011)	Asesinato alevoso	No se pronuncia	NO (se absuelve del asesinato)	- Elementos probatorios de la alevosía: el incendio del coche que causó la muerte de la víctima pudo ser accidental y no provocado por el autor.
STS 1309/2011 (27/1/2011)	Asesinato alevoso	Por desvalimiento	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: la víctima estaba inconsciente cuando se la atacó con un objeto contundente - Riña previa

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 391/2011 (27/1/2011)	Asesinato alevoso	No se pronuncia	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: no hay indicios de defensa, ni marcas de golpes en las autoras. La agresión tiene lugar por la noche, y a solas con la víctima en el domicilio sin auxilio inmediato de terceros. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Esencia de la alevosía - Modalidades de la alevosía. - Riña previa / alevosía sobrevenida
STS 692/2011 (28/1/2011)	Homicidio doloso con agravante de abuso de superioridad	No se pronuncia	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: desequilibrio de fuerzas debido a la corpulencia del autor y abuso de confianza trasladando a su pareja a la habitación de un hotel.
STS 2150/2011 (15/2/2011)	Asesinato alevoso con agravante de reincidencia y atenuante de confesión	Sorpresiva y por desvalimiento	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: ataque súbito e inesperado irrumpiendo en la vivienda de persona de avanzada edad, que tiene confianza en uno de los intervinientes. - La alevosía no exige perversidad ni cobardía sino la selección de medios alevosos.
STS 918/2011 (22/2/2011)	Lesiones cualificadas alevosas del 148.2 (Absolución)	No se pronuncia	NO	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: el factum no permite apreciar la alevosía.
STS 1859/2011 (3/3/2011)	Tentativa de homicidio con agravante de parentesco	No se pronuncia	NO (en lugar de tentativa de homicidio se aprecian actos preparatorios impunes)	<ul style="list-style-type: none"> - Incompatibilidad de la alevosía con actos preparatorios
STS 2052/2011 (29/3/2011)	Asesinato alevoso con agravante de parentesco y atenuante de confesión	Sorpresiva	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: súbita agresión con un cuchillo a víctima desprevenida. No hay indicios de defensa.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 2230/2011 (30/3/2011)	Asesinato alevoso con atenuante analógica de alteración psíquica	Sorpresiva y proditoria	NO (en lugar de alevosía, se aprecia homicidio con la agravante de abuso de superioridad)	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: la víctima había recibido amenazas previas y sujetó al acusado impidiendo su agresión. No hubo acecho, ni sorpresa. La defensa se vio disminuida pero no anulada - Elementos o requisitos de la alevosía. - La alevosía no se excluye por: a) discusión o enfrentamiento previo b) protección instintiva c) movimientos de huida si se ha suprimido la posibilidad de defensa. - Principio acusatorio (alevosía y abuso de superioridad)
STS 2049/2011 (6/4/2011)	Tentativa de asesinato alevoso	No se pronuncia (por desvalimiento)	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: ataque con un palo a una durmiente. - Lo relevante para la alevosía es la total indefensión y no un deber de sospecha.
STS 2039/2011 (14/4/2011)	Lesiones cualificadas del 148.1 con la agravante de alevosía.	Sorpresiva	NO	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: en el factum sólo se señala un golpe con un palo o barra de hierro pero no el momento, el lugar y la forma de la agresión. - Principio acusatorio (tentativa de asesinato alevoso y lesiones cualificadas con la agravante de alevosía): no vulneración. Los delitos son homogéneos. - La alevosía cualificadora del asesinato (art. 139.1) no presenta diferencia alguna con la agravante genérica (art. 22.1). - Compatibilidad de la alevosía con las lesiones cualificadas del 148.1. - La esencia o núcleo de la alevosía. - Tipo de defensa que excluye la alevosía: eficaz. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - Riña previa.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 2892/2011 (25/4/2011)	Tentativa de asesinato alevoso con atenuante analógica muy cualificada (eximente incompleta de enfermedad mental)	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: disparo súbito y sorpresivo con escopeta de caza.
STS 3574/2011 (4/5/2011)	Asesinato alevoso	No se pronuncia	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: ataque en grupo que elimina la posibilidad de defensa. - Riña previa
STS 3340/2011 (12/5/2011)	Tentativa de asesinato alevoso	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: ataque sorpresivo a la víctima a pesar de que pudo huir. - El doble objeto del dolo en la participación.
STS 3379/2011 (13/5/2011)	Tentativa de homicidio doloso	Sorpresiva	NO	- Elementos probatorios de la alevosía: desaparece la sorpresa inicial y existe la ayuda de un vecino. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - Alevosía sobrevenida.
STS 5631/2011 (18/5/2011)	Tentativa de asesinato alevoso con atenuante de obcecación	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: ataque sorpresivo por la espalda que elimina defensa. - Relativización del valor de la amenazas para la alevosía
STS 3102/2011 (19/5/2011)	Tentativa de asesinato alevoso	No se pronuncia	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: incendio de vehículo. - El homicidio cometido con incendio se convierte en asesinato (concurso de leyes del artículo 8).
STS 3886/2011 (22/5/2011)	Tentativa de asesinato alevoso	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: ataque súbito por la espalda sin posibilidad de defensa. - La alevosía no exige planeamiento o premeditación.
STS 3781/2011 (23/5/2011)	Tentativa de asesinato alevoso con ensañamiento y con agravante de parentesco	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: el autor aborda sorpresivamente a la víctima, y la arrastra hacia un coche donde de nuevo sorpresivamente la acuchilla reiteradas veces. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - Alevosía sobrevenida.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 3339/2011 (23/5/2011)	Tentativa de asesinato alevoso con agravante de parentesco	Alevosía sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: ataque súbito e inesperado por la espalda con un cuchillo. - La alevosía es independiente de que se produzca el resultado.
STS 3793/2011 (3/6/2011)	Tentativa de homicidio doloso con parentesco	Proditoria y por desvalimiento	NO	- Elementos probatorios de la alevosía: el autor despertó con su acción a la víctima que se pudo despertar. - Alevosía por desvalimiento.
STS 4294/2011 (8/6/2011)	Asesinato alevoso con agravante de disfraz	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: pese a un forcejeo previo el autor saca de forma inesperada e imprevista un cuchillo que no podía ser conocido por la víctima. - La alevosía no exige planeamiento o premeditación. - Alevosía sobrevenida.
STS 4302/2011 (17/6/2011)	Asesinato alevoso	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: disparo mortal en la cabeza por la espalda. Taparse la cara no neutraliza la indudable indefensión. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía.
STS 5129/2011 (28/6/2011)	Asesinato alevoso con parentesco	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: ataque súbito e inesperado con un bloque de cemento del que la víctima no tuvo ocasión de defenderse o escapar. No hay lesiones de defensa, ni signos de violencia o pelea. - La esencia o núcleo de la alevosía. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Tipo de defensa que excluye la alevosía: eficaz. - Modalidades de la alevosía. - Riña previa.
STS 5167/2011 (7/7/2011)	Asesinato alevoso con parentesco	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: el autor dispara sorpresivamente a la cabeza de la víctima.
STS 5166/2011 (8/7/2011)	Tentativa de asesinato alevoso con parentesco	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: acuchillamiento sorpresivo sin capacidad de reacción para la víctima. No existieron momentos previos de tensión o discusión. - Modalidades de la alevosía. - Alevosía convivencial

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 5356/2011 (12/7/2011)	Tentativa de asesinato alevoso con agravante de parentesco	Sorpresiva y proditoria	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: ataque sorpresivo y repentino con un martillo, hecho del que existen testimonios.
STS 5177/2011 (15/7/2011)	Lesiones cualificadas del 150	No se pronuncia	NO	- Elementos probatorios de la alevosía: el ataque no era imprevisible, ni la indefensión total.
STS 5913/2011 (17/7/2011)	Asesinato alevoso con ensañamiento y con agravante de parentesco	Por desvalimiento	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: indefensión de la víctima debido al efecto del consumo de estupefacientes - La esencia o núcleo de la alevosía. - Modalidades de la alevosía.
STS 5111/2011 (18/7/2011)	Tentativa de homicidio doloso con agravantes de parentesco y abuso de superioridad	Sorpresiva	SÍ (se aprecian lesiones cualificadas del 150 agravadas por alevosía y parentesco)	- Elementos probatorios de la alevosía: la huida y las heridas defensivas no representan una defensa eficaz. - Tipo de defensa que excluye la alevosía: eficaz.
STS 5144/2011 (19/7/2011)	Homicidio doloso con agravantes de parentesco y abuso de superioridad, y atenuante de colaboración con la justicia	No se pronuncia	NO (en lugar de alevosía, se aprecia abuso de superioridad)	- Elementos probatorios de la alevosía: no hay constancia del modo como se inicia el ataque y de si hubo posibilidad de defensa. Las primeras heridas se produjeron de frente. - Principio acusatorio (alevosía y abuso de superioridad) - La esencia o núcleo de la alevosía. - Tipo de defensa que excluye la alevosía: eficaz. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - Riña previa/ alevosía sobrevenida
STS 6348/2011 (21/9/2011)	Asesinato alevoso y con ensañamiento	No se pronuncia	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: asfixia de una víctima secuestrada, atada de pies y manos. - Compatibilidad alevosía con dolo eventual.
STS 6340/2011 (11/10/2011)	Asesinato alevoso con agravante de parentesco y atenuante de confesión	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: ataque inesperado en la cama al marido, sin signos de luchas y sin heridas en la autora a pesar de la superioridad física de su víctima. - La alevosía no exige planeamiento o premeditación.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 7285/2011 (17/10/2011)	Tentativa de asesinato alevoso con agravante de parentesco y atenuante de confesión	Sorpresiva	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: el autor busca, localiza y clava por sorpresa a la víctima un cuchillo por la espalda. - La esencia o núcleo de la alevosía. - Modalidades de la alevosía.
STS 7290/2011 (2/11/2011)	Tentativa de asesinato alevoso	Sorpresiva	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: ataque por la espalda con un cenicero a una anciana. - La esencia o núcleo de la alevosía. - Tipo de defensa que excluye la alevosía: eficaz. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - Riña previa. - Compatibilidad de la alevosía con la eximente de alteración psíquica.
STS 7689/2011 (10/11/2011)	Asesinato alevoso y tentativa de asesinato alevoso	Sorpresiva	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: ataque súbito y desproporcionado con un cuchillo en el salón a una víctima desprevenida. - Tipo de defensa que excluye la alevosía: eficaz. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - Riña previa.
STS 7699/2011 (11/11/2011)	Tentativa de asesinato alevoso	Sorpresiva	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: testimonio de la víctima de una agresión directa sin mediar palabra alguna previa.
STS 7993/2011 (25/11/2011)	Tentativa de asesinato alevoso	Sorpresiva, proditoria y por desvalimiento	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: uso de arma de fuego no esperable que impide a la víctima incluso huir. - Modalidades de la alevosía. - Núcleo o esencia de la alevosía.
STS 8819/2011 (5/12/2011)	Lesiones cualificadas del 148.1 y .2 (alevosas) con atenuantes de reparación de daño y analógica de ingestión de bebidas alcohólicas	Sorpresiva	NO	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: los hechos probados no justifican la alevosía sorpresiva - Vulneración del principio acusatorio: no se alegó la alevosía. - El subtipo agravado 148.2 (ensañamiento y alevosía) no estaba en vigor al cometerse los hechos.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 8680/2011 (16/12/2011)	Asesinato alevoso con ensañamiento	Sorpresiva	NO (en lugar de alevosía, se aprecia abuso de superioridad)	- Elementos probatorios de la alevosía: a pesar de la desproporción numérica de los atacantes no existió sorpresa y la víctima pudo defenderse. - Elementos o requisitos de la alevosía.
STS 9007/2011 (19/12/2011)	Tentativa de asesinato alevoso con agravante de parentesco	No se pronuncia	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: ataque por la espalda con un cortafríos en la cabeza. - La alevosía no exige planeamiento o premeditación.
STS 8848/2011 (22/12/2011)	Homicidio doloso con atenuante de actuar a causa de adicción a drogas	Sorpresiva	NO (en lugar de alevosía, se aprecia abuso de superioridad)	- Elementos probatorios de la alevosía: la persistencia de la pelea era esperable y estaban presentes personas que procuraron defensa. -Elemento o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - Riña previa. - Presencia de un tercero
STS 9143/2011 (28/12/2011)	Asesinato alevoso con atenuante de confesión	Sorpresiva, por desvalimiento	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: comienzo de una pelea en condiciones de equilibrio roto por la irrupción sorpresiva de una navaja - Riña previa/alevosía sobrevenida. - Compatibilidad de la alevosía con eximente incompleta de anomalía o alteración psíquica.
STS 9269/2011 (29/12/2011)	Tentativa de asesinato alevoso	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: ataque por la espalda inopinado. - Compatibilidad alevosía con dolo eventual.
STS 9339/2011 (30/12/2011)	Asesinato alevoso y con ensañamiento y tentativa de asesinato alevoso	Sorpresiva	NO (en lugar de alevosía, se aprecia abuso de superioridad)	- Elementos probatorios de la alevosía: no se demuestra la sorpresa. No se prueba que esgrimir los cuchillos no fuera esperable, ni se dice cuándo se sacan, ni si estaban ocultos. No se prueba que las posibilidades de defensa estuvieran anuladas por el número de atacantes y por la presencia de terceros. No se demuestra solución de continuidad. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - Esencia de la alevosía. - Riña previa. - Presencia de tercero. - La presunción de inocencia afecta a la alevosía.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
2012				
STS 260/2012 (17/1/2012)	Asesinato alevoso	Proditoria y sorpresiva	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: el asesinato es proyectado el día anterior, se desplazan donde vive la víctima para analizar su trayecto y costumbres y finalmente es sorprendida en su portal por la noche cuando no lo espera de manera súbita sin que existiera riña previa. Los cortes defensivos se deben a un natural instinto de defensa. - Riña previa. - Tipo de defensa que excluye la alevosía: activa o eficaz.
STS 409/2012 (20/1/2012)	Tentativa de asesinato alevoso con agravante de parentesco	Convivencial o doméstica	NO (en lugar de alevosía, se aprecia abuso de superioridad)	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: el hecho probado no describe un ataque sorpresivo. Existe una discusión previa y la víctima consiguió proteger a una amiga ayudándola a abandonar el domicilio. No existe alevosía convivencial porque el autor la amenazó reiteradamente y cuando llega a casa la víctima conoce su estado de ánimo. - Alevosía convivencial o doméstica. - Relación abuso de superioridad y alevosía. - Principio acusatorio (alevosía y abuso de superioridad)
STS 770/2012 (24/1/2012)	Tentativa de asesinato alevoso con agravante de parentesco y atenuante de embriaguez	Sorpresiva	NO (en lugar de alevosía, se aprecia abuso de superioridad)	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: existió una fuerte discusión en el domicilio familiar y la víctima llama a una sobrina para pedir ayuda. La riña progresiva y permanente elimina el factor sorpresa; la víctima no estaba absolutamente desprevenida y pudo eludir el desenlace. - Esencia o núcleo de la alevosía. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - Alevosía sorpresiva. - Relación abuso de superioridad y alevosía. - Principio acusatorio (alevosía y abuso de superioridad) - Voto particular: <ul style="list-style-type: none"> a) elementos o requisitos de la alevosía. b) modalidades de la alevosía. c) se aprecia alevosía por utilización sorpresiva de arma de fuego

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 1954/2012 (1/2/2012)	Homicidio doloso con agravante de parentesco y eximente completa de alteración psíquica	Sorpresiva	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: el acusado cena a solas con su madre y sin motivo coge un cuchillo y la ataca de forma sorpresiva. La madre no podía esperar un ataque así ni tuvo auxilio contra su hijo. - Compatibilidad de la alevosía con eximente completa e incompleta de enajenación mental. - Elementos o requisitos de la alevosía.
STS 1009/2012 (2/2/2012)	Asesinato alevoso con agravante de parentesco y eximente incompleta de grave adicción	No se pronuncia	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: disparo a la cabeza con una escopeta sin señales de lucha. Independientemente de lo ocurrido con anterioridad la víctima no pudo oponer defensa.
STS 417/2012	Asesinato alevoso	Sorpresiva	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: el autor sobrepasa caminando a la víctima y la apuñala por la espalda de manera súbita.
STS 991/2012 (7/2/2012)	Asesinato alevoso con ensañamiento	No se pronuncia	No se pronuncia	Declaración de nulidad: el Tribunal superior de Justicia no dio respuestas a las alegaciones contra la alevosía.
STS 1204/2012 (14/2/2012)	Asesinato alevoso	No se pronuncia	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: ajuste de cuentas entre sicarios colombianos. La víctima fue objeto de politraumatismos, varias personas actuaron, fue amordazada y sus manos fueron atadas.
STS 1131/2012 (22/2/2012)	Homicidio doloso	No se pronuncia	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: el autor entra en el coche con una pistola para intimidar al conductor y hace uso de ella sin que la víctima tenga posibilidad de defensa, pese a que se cubriese con los brazos y manos. - Tipo de defensa que excluye la alevosía: activa o eficaz. - La utilización de arma de fuego frente a víctima inermes ordinariamente es alevosa.
STS 2558/2012 (12/3/2012)	Asesinato alevoso con agravante de disfraz y atenuantes analógicas de confesión y anomalía psíquica	No se pronuncia	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - La suficiencia del dolo eventual para imputar la alevosía a los partícipes.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 2742/2012 (10/4/2012)	Homicidio doloso con agravante de reincidencia	Proditoria	NO (en lugar de alevosía, se aprecia abuso de superioridad)	- Elementos probatorios: la forma de acaecimiento de los hechos no permite afirmar la alevosía proditoria ni incluso aceptando que la muerte se produjera al seccionarle la garganta a una persona que se encontraba situada tras el autor. - Relación abuso de superioridad y alevosía.
STS 3106/2012 (30/4/2012)	Homicidio doloso con abuso de superioridad y atenuante de confesión	Por desvalimiento	SÍ	- Elementos o requisitos de la alevosía: disputa verbal tras la cual el autor acomete armado con un hacha a un octogenario que sólo puede huir y lo golpea por la espalda en la cabeza. - Tipo de defensa que excluye la alevosía: activa o eficaz. - Alevosía sobrevenida.
STS 3899/2012 (11/5/2012)	Asesinato alevoso con ensañamiento y con agravante de parentesco y atenuante de confesión	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: el marido va a la cocina donde coge tres cuchillos y vuelve al salón donde apuñala sorpresivamente a su mujer. - Alevosía sorpresiva: normal y sobrevenida. - Elementos o requisitos de la alevosía.
STS 3978/2012 (16/5/2012)	Asesinato alevoso con ensañamiento y agravante de parentesco	No se pronuncia	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: la circunstancia se infiere de los hechos probados.
STS 3807/2012 (22/5/2012)	Lesiones del 148.1 con atenuantes de confesión y dilaciones indebidas	Sorpresiva y proditoria	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: atropello por detrás a un barbero de manera repentina sin que pueda hacer nada. - Compatibilidad de la alevosía con las lesiones cualificadas del 148.1. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - Alevosía sobrevenida.
STS 3726/2012 (30/5/2012)	Tentativa de asesinato alevoso con atenuante de reparación parcial del daño	No se pronuncia	SÍ (respecto a unas lesiones cualificadas del 148.1)	- Compatibilidad de la alevosía con las lesiones cualificadas del 148.1.
STS 4588/2012 (15/6/2012)	Asesinato alevoso y con ensañamiento, con atenuante de grave adicción	Sorpresiva y por desvalimiento	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: ataque no esperado a persona de elevada edad de un vecino con el que habla tranquilamente. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 4691/2012 (20/6/2012)	Tentativa de homicidio doloso con agravante de parentesco	Convivencial o doméstica	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: discusión inicial y golpe que deja inerte a la víctima, avalancha de golpes en el suelo que aprovechan la indefensión y tercera sucesión de golpes hasta que la víctima, ex-pareja sentimental del autor, deja de quejarse. - Alevosía sobrevenida. - Alevosía convivencial o doméstica.
STS 4940/2012 (25/6/2012)	Lesiones cualificadas del 149 con las agravantes de alevosía y parentesco	Por desvalimiento	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: madre adoptiva arroja a un menor de seis años contra el mobiliario del baño hasta que queda inconsciente. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - Compatibilidad alevosía con dolo eventual.
STS 5136/2012 (26/6/2012)	Tentativa de homicidio doloso	Proditoria y sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: ataque repentino por la espalda a menor de edad que no había advertido al agresor. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía.
STS 4475/2012 (26/6/2012)	Asesinato alevoso con agravante de parentesco y atenuante analógica de confesión	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: se eliminó la defensa y no hay señales de lucha. Los datos indican que la víctima estaba inmovilizada y que el ataque fue por detrás y de forma inesperada.
STS 5121/2012 (4/7/2012)	Lesiones del artículo 149 con atenuante de reparación del daño	No se pronuncia	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: disparo a la víctima que no pudo apercibirse, la eventual defensa era imposible.
STS 5332/2012 (4/7/2012)	Tentativa de asesinato alevoso	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: atropello de modo súbito e inesperado. - Modalidades de alevosía. - Compatibilidad alevosía con dolo eventual.
STS 5953/2012 (5/7/2012)	Asesinato alevoso y con ensañamiento	No se pronuncia (desvalimiento)	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: superioridad numérica de atacantes y estado de embriaguez de la víctima que le impide repeler el ataque.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 4944/2012 (10/7/2012)	Tentativa de homicidio doloso	No se pronuncia	NO	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: hay una primera agresión no alevosa a la que sigue otra sin que exista un lapso de tiempo relevante. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - Riña previa. - Alevosía sobrevenida.
STS 5344/2012 (11/7/2012)	Asesinato alevoso	Sorpresiva	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: el autor se aprovecha de su fortaleza física, golpea contundentemente de manera sorpresiva a la víctima impidiendo cualquier reacción evasiva, y continúa golpeándola en el suelo una vez está semiinconsciente. - Tipo de defensa que excluye la alevosía: activa o eficaz. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - Alevosía sobrevenida.
STS 6703/2012 (16/10/2012)	Asesinato alevoso (Absolución)	No se pronuncia	NO	<ul style="list-style-type: none"> - Parcialidad en las instrucciones sobre la alevosía del Magistrado al jurado
STS 8427/2012 (30/10/2012)	Homicidio con atenuante analógica de embriaguez	Sorpresiva	NO	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: no se prueba que el autor fuera en busca de la víctima. Las muchas heridas no prueban que se buscara o aprovechara la indefensión.
STS 7804/2012 (7/11/2012)	Homicidio con agravante de abuso de superioridad y atenuante de confesión	Sorpresiva	NO	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: entre autor y víctima existe enemistad. No se prueba que el autor sacara el cuchillo de forma inesperada y que la víctima no se pudiera defender. - Principio acusatorio (alevosía y abuso de superioridad) - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - Riña previa.
STS 8430/2012 (15/11/2012)	Asesinato con alevosía y ensañamiento	Por desvalimiento	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: por las circunstancias personales la víctima estaba desvalida. - Modalidades de alevosía. - Alevosía por desvalimiento. - Tipo de defensa que excluye la alevosía: activa o eficaz.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 7331/2012 (15/11/2012)	Tentativa de asesinato alevoso con atenuante analógica de intoxicación etílica	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: existe un incidente familiar y al hacer las paces en el abrazo de reconciliación el autor apuñala a la víctima cuando está desprevenida. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de alevosía.
STS 8276/2012 (20/11/2012)	Tentativa de asesinato alevoso y lesiones cualificadas del 148.1 con agravante de alevosía.	No se pronuncia	NO (se absuelve de los delitos)	No se pronuncia.
STS 7654/2012 (20/11/2012)	Asesinato con atenuante analógica de drogodependencia	Por desvalimiento	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: la víctima tenía una fuerte intoxicación etílica y no pudo defenderse. - Modalidad de alevosía por desvalimiento.
STS 7652/2012 (21/11/2012)	Asesinato alevoso con agravante de parentesco	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: se dispara sorpresivamente sobre la víctima que no puede defenderse. No hay lesiones de defensa. Se dispara desde cerca y se remata en el suelo
STS 8294/2012 (22/11/2012)	Asesinato alevoso con ensañamiento	Por desvalimiento	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: dos autores dan una paliza y estrangulan a la víctima que se encuentra en estado de embriaguez. - Alevosía sobrevenida.
STS 8048/2012 (29/11/2012)	Tentativa de asesinato alevoso con atenuante analógica de intoxicación etílica y drogodependencia	Proditoria	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: ataque sorpresivo con arma blanca. - Alevosía proditoria.
STS 8689/2012 (29/11/2012)	Asesinato alevoso	No se pronuncia	SÍ	No se pronuncia.
STS 8688/2012 (3/12/2012)	Homicidio con agravante de parentesco	Sorpresiva	NO	- Elementos probatorios de la alevosía: se ignora como se desarrollan los hechos, si la víctima fue atacada por la espalda o sorpresivamente. La víctima no es agredida en un lugar solitario sino en un bar rodeada de gente. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - Alevosía sobrevenida.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 8285/2012 (4/12/2012)	Tentativa de homicidio doloso con agravante de parentesco y atenuante analógica de confesión	Sorpresiva	NO	- Elementos probatorios de la alevosía: hay una riña de carácter permanente y progresiva que impide el factor sorpresa. La víctima pudo estar alerta frente al ataque y por eso cerró la puerta del baño. Su defensa la salvo la vida. - Alevosía sorpresiva.
STS 8288/2012 (5/12/2012)	Homicidio doloso consumado con agravante de abuso de superioridad y tentativa de homicidio doloso con la misma agravante	Se niegan las tres formas	NO	- Elementos probatorios de la alevosía: enfrentamiento familiar por la herencia. Trascurre un tiempo entre que saca el arma y la utiliza. Las víctimas huyen y se enfrenta a ellas cara a cara en la calle enfrente de la guardia civil a la han pedido ayuda. No hay voluntad de aprovechar los medios para neutralizar la defensa. - Relación abuso de superioridad y alevosía. - Elementos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía.
STS 8280/2012 (5/12/2012)	Asesinato alevoso con ensañamiento y agravado por aprovechamiento de circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas	Por desvalimiento	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: la víctima está malherida por un golpe de piedra en la cabeza sin posibilidad de defensa y el autor aprovecha esta situación para cortar el cuello. - Alevosía sobrevenida.
STS 7980/ 2012 (5/12/2012)	Asesinato alevoso	No se pronuncia	SÍ	- Compatibilidad alevosía con dolo eventual.
STS 8696/2012 (10/12/2012)	Asesinato alevoso con agravante de parentesco y atenuante de confesión	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: la muerte a la primera cuchillada y la reacción instintiva de defensa no excluyen la alevosía. No hay pruebas de que el autor fuera agredido por una reacción defensiva. Aunque cruzaran palabras y la víctima previera ser agredida, ésta no pudo apercibirse de cuchillo que el autor llevaba oculto. - Alevosía sobrevenida
STS 8315/2012 (18/12/2012)	Tentativa de asesinato alevoso	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: ataque imprevisto e inesperado de cuatro acusados que no permitió defensa alguna. - Alevosía sorpresiva
STS 8804/2012 (18/12/2012)	Asesinato alevoso	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: no hay heridas defensivas, ni signos de lucha en el coche. La víctima está embriagada y el ataque fue súbito e inesperado. - Alevosía sorpresiva

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 8678/2012 (20/12/2012)	Asesinato alevoso	Por desvalimiento	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: se aprovecha el aturdimiento de un golpe recibido para estrangular a la víctima. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de alevosía.
STS 8801/2012 (27/12/2012)	Tentativa de homicidio doloso	Sorpresiva	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: la víctima es acometida sin que exista ningún motivo de modo imprevisto por la espalda y herida mientras está inmovilizada. - Alevosía sorpresiva
2013				
STS 140/2013 (15/1/2013)	Homicidio doloso	No se pronuncia	NO (en lugar de alevosía, se aprecia abuso de superioridad)	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: los autores quieren entrar en la casa de la víctima, ésta se lo impide, forcejean, le sacan a la calle y uno le dispara. Hay posibilidades de defensa porque existe una escalada en la gravedad de los ataques mutuos. - Alevosía sobrevenida. - Riña previa. - Principio acusatorio (alevosía y abuso de superioridad)
STS 347/2013 (25/1/2013)	Tentativa de asesinato alevoso y con ensañamiento, con agravante de parentesco	Sorpresiva con connotaciones de proditoria	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: a pesar de las amenazas la víctima no pudo estar prevenida. El autor la vigila y cuando mete la tarjeta en la puerta del garaje se abalanza sobre ella por la espalda de forma súbita. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - Relativización del valor de la amenazas para la alevosía.
STS 1276/2013 (27/1/2013)	Asesinato alevoso	Por desvalimiento	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: la víctima tenía afectadas sus capacidades por el consumo de alcohol. - Modalidades de la alevosía.
STS 178/2013 (29/1/2013) (caso Marta del Castillo)	Asesinato alevoso	Sorpresiva	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: ni la previa confrontación verbal, ni el ataque cara a cara excluyen la alevosía. Ataque rápido y brusco con un cenicero en la sien que no deja posibilidades de defensa. - Esencia o núcleo de la alevosía. - Alevosía sorpresiva: normal y sobrevenida. - Riña previa: discusión verbal. - Compatibilidad de la alevosía con defensa instintiva.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 1155/2013 (12/2/2013)	Asesinato alevoso	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: el autor entra en la celda cuando la víctima está en estado de cierta somnolencia y le apuñala en el tórax, lo que le redujo a una situación de indefensión.
STS 1900/2013 (8/4/2013)	Asesinato alevoso	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: saca un cuchillo escondido y agrede a la víctima sin que ésta pueda hacer nada. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Esencia o núcleo de la alevosía: relación abuso de superioridad y alevosía. - Alevosía sorpresiva: normal y sobrevenida.
STS 1845/2013 (18/4/2013)	Asesinato alevoso	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: ataque imprevisto a la víctima cuando está en la cama, dormida o no, sin que pudiera defenderse. - Elementos o requisitos de la alevosía.
STS 2242/2013 (18/4/2013)	Asesinato alevoso con agravante de parentesco y atenuante analógica muy cualificada de dilaciones indebidas	No se pronuncia	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: dos autores agreden con un cuchillo a la víctima seccionándole el cuello y produciéndole la muerte mientras está en el suelo indefensa.
STS 2735/2013 (26/4/2013)	Tentativa de homicidio con eximente completa de enajenación mental	No se pronuncia	NO	- Relación entre el asesinato y el delito de incendio del artículo 351: consunción.
STS 3344/2013 (16/5/2013)	Homicidio doloso con agravante de abuso de superioridad	Proditoria y sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: los atacantes cogen desprevenida a la víctima que no tuvo posibilidad de defenderse. Las lesiones descartan la defensa de la víctima por una acción rápida e inesperada y la desproporción de fuerzas. - Compatibilidad alevosía con dolo eventual. - Alevosía sobrevenida
STS 2883/2013 (17/5/2013)	Homicidio doloso (Absolución)	Sorpresiva	NO	- Elementos probatorios de la alevosía: la víctima no estaba desprevenida, ni el autor actuó de forma sorpresiva y hubo una discusión previa. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de alevosía.
STS 2922/2013 (28/5/2013)	Asesinato alevoso	Por desvalimiento	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: la víctima es un menor de corta edad y la madre se desentiende y deja actuar al agresor. - Alevosía y comisión por omisión.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 3255/2013 (19/6/2013)	Lesiones cualificadas del 148.1	Sorpresiva	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: se sorprende a la víctima por la espalda atropellándola con un coche. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de alevosía. - Compatibilidad de la alevosía con las lesiones cualificadas del 148.1.
STS 4016/2013 (11/7/2013)	Homicidio doloso con agravantes de abuso de superioridad y parentesco	No se pronuncia	NO	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: se debilitan las posibilidades de defensa pero no hay absoluta indefensión. - Relación abuso de superioridad y alevosía.
STS 4299/2013 (16/7/2013)	Asesinato alevoso con agravante de aprovechamiento de lugar, y atenuantes de reparación del daño y analógica de confesión	Proditoria y sorpresiva	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: el autor lleva a la víctima en coche a un lugar despoblado, donde saca el arma y a corta distancia le dispara sin que pueda defenderse. - Esencia o núcleo de la alevosía. - Modalidades de alevosía. - Arma de fuego como medio especialmente alevoso. - Compatibilidad de la alevosía con la agravante de aprovechamiento de lugar
STS 4322/2013 (18/7/2013)	Homicidio doloso con agravante de parentesco	No se pronuncia	NO	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: debido a la relación de confianza la víctima era consciente de la violencia del autor y de su irritación a causa de la guardia y custodia de la hija común. - Valor de la confianza en los casos de alevosía en violencia de género.
STS 4302/2013 (23/7/2013)	Homicidio doloso con agravante de abuso de superioridad y atenuante de confesión	No se pronuncia	NO	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: en el primer disparo no está anulada la defensa de la víctima porque se enfrentó al agresor y estaba presente otra persona. En el segundo disparo está abatida pero no hubo solución de continuidad. El primer disparo ya fue mortal de necesidad. - Alevosía sobrevenida
STS 4764/2013 (24/9/2013)	Asesinato alevoso y con ensañamiento, y con agravante de parentesco	No se pronuncia	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: ataque inesperado por la espalda. El autor lo declara, y se deduce del orden cronológico de las lesiones y la postura de la víctima en el suelo.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 4774/2013 (2/10/2013)	Asesinato alevoso con eximente incompleta de enajenación mental	Sorpresiva	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: el autor situándose cerca disparó a dos erchainas sin que tuvieran posibilidad de defensa; ni dispararon ni hicieron maniobra de evasión. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Alevosía sorpresiva: normal y sobrevenida.
STS 5445/2013 (4/10/2013)	Homicidio doloso con agravante de abuso de superioridad, eximente incompleta de legítima defensa, y atenuante de dilaciones indebidas	No se pronuncia	NO	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: la víctima inicialmente es un agresor, que se ve sorprendido porque la víctima sacó un arma. Debía contar con la reacción defensiva de la persona a la que estaba golpeando cruelmente. - Alevosía y legítima defensa.
STS 4775/2013 (8/10/2013)	Tentativa de asesinato alevoso	Sorpresiva	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: seis agresores atacan con armas de manera repentina e inesperada, lo que impidió a la víctima que se advierta el ataque y la defensa. - Esencia o núcleo de la alevosía. - Tipo de defensa que excluye la alevosía: activa o eficaz. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de alevosía.
STS 5096/2013 (10/10/2013)	Asesinato alevoso con ensañamiento, con agravante de parentesco y atenuante analógica de colaboración con la justicia	No se pronuncia	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: agresión con dos instrumentos punzantes frente a víctima desarmada. El agresor ataca a la víctima en una habitación muy pequeña impidiendo su huida o la ayuda de terceros.
STS 5439/2013 (6/11/2013)	Lesiones imprudentes con eximente incompleta	No se pronuncia	NO	<ul style="list-style-type: none"> - Al no considerarse dolosas las lesiones no cabe la posibilidad de estimar alevosía.
STS 5697/2013 (11/11/2013)	Asesinato alevoso	Sorpresiva	NO	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: hubo una discusión y se intercambiaron golpes. No hay pruebas de que la agresión fuera sorpresiva o de que la víctima se encontrase arrodillada o aturdida.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 5720/2013 (18/11/2013)	Tentativa de asesinato alevoso con agravante de aprovechamiento de tiempo	Sorpresiva	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: sin mediar palabra el agresor se dirige a la víctima que está en cuclillas consumiendo droga y le dispara tres veces. - Compatibilidad de la alevosía con la agravante de aprovechamiento de tiempo. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - Alevosía sorpresiva. - Uso de arma de fuego frente a desarmado como supuesto inequívocamente alevoso.
STS 5681/2013 (27/11/2013)	Asesinato alevoso	Proditoria y sorpresiva	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: debido a la confianza la víctima accede a subir al coche y alejarse. En el trayecto y en el momento acordado uno de los coautores le dispara por la parte de atrás del cráneo. - Esencia o núcleo de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - Alevosía proditoria. - Alevosía sorpresiva. - Arma de fuego como medio especialmente alevoso.
STS 6546/2013 (2/12/2013)	Asesinato alevoso con agravante de parentesco y atenuante de confesión	Sorpresiva	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: cesa una disputa entre un matrimonio, y cuando la mujer descansa en el sofa, el marido la ataca de forma desproporcionada, mediante disparos que no esperaba. - Riña previa /alevosía sobrevenida.
STS 6356/2013 (11/12/2013)	Homicidio doloso con atenuante de dilaciones indebidas	No se pronuncia	NO (en lugar de alevosía, se aprecia abuso de superioridad)	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: la mera edad no conlleva necesariamente exclusión de la defensa. La pluralidad de atacantes aminoró las posibilidades de defensa, pero no las eliminó. - Compatibilidad alevosía con dolo eventual. - Relación abuso de superioridad y alevosía.
STS 6591/2013 (27/12/2013)	Tentativa de asesinato alevoso con agravantes de disfraz y discriminación política	Sorpresiva	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: ataque sorpresivo sin posibilidad de respuesta.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
2014				
STS 643/2014 (22/1/2014)	Tentativa de asesinato alevoso con eximente incompleta de enajenación mental	Sorpresiva y proditoria (no lo declara expresamente)	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: atrae a la víctima a una habitación y con sorpresa esgrime un arma frente a la víctima desarmada. - Valor de la confianza en la alevosía: la falta de confianza no excluye la alevosía. - Compatibilidad de la alevosía con eximente completa e incompleta de enajenación mental.
STS 269/2014 (24/1/2014)	Asesinato alevoso con agravante de disfraz	No se pronuncia	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: amenazas a la víctima para abrir una caja fuerte y ante el intento de defensa con un spray el autor le clava un cuchillo en el corazón. La acción transcurre de forma brevísima lo que anula la posibilidad de defensa. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Esencia o núcleo de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - Riña previa. - Compatibilidad alevosía con dolo eventual.
STS 557/2014 (29/1/2014)	Asesinato alevoso con atenuante de reparación del daño.	Sorpresiva y por desvalimiento	NO (en lugar de alevosía, se aprecia abuso de superioridad)	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: cuando el enfrentamiento parece acabado el autor golpea a la víctima con una barra de hierro, ésta cae al suelo y continúa dándole golpes. No hay prueba de que la víctima esté confiada creyendo que el enfrentamiento ha terminado. El autor ataca de frente y pese a la rapidez del ataque no se impidió toda capacidad reactiva. - Presunción de inocencia y alevosía. - Riña previa/ alevosía sobrevenida. - Relación abuso de superioridad y alevosía.
STS 239/2014 (29/1/2014)	Asesinato alevoso con atenuante analógica de confesión	Por desvalimiento	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: tres autores acorralan a las víctimas para robarles y sin que puedan reaccionar las atacan apuñalándolas y golpeándolas con un casco. - Modalidades de la alevosía. - Alevosía por desvalimiento. - Tipo de defensa que excluye la alevosía: activa o eficaz.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 648/2014 (14/2/2014)	Asesinato alevoso con agravante de parentesco	No se pronuncia	NO	- Elementos probatorios de la alevosía: a pesar del estrangulamiento, el ataque comenzó de frente, con forcejeos y venciendo la resistencia de la víctima. Sólo al final se anula la capacidad de defensa. - Alevosía sobrevenida. - Examen en un juicio ex ante de las posibilidades de defensa. - Alevosía convivencial o doméstica. Voto particular: a) respeto a los hechos probados determinados por el Tribunal del jurado. b) se debe no apreciar el recurso y estimar alevosía.
STS 767/2014 (4/3/2014)	Asesinato alevoso	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: dos coautores se desplazan a un pueblo en busca de un chico, se apean del coche ocultando un cuchillo, y de forma súbita se lo clavan a la víctima sin que ésta hubiera advertido el cuchillo. - Cooperación necesaria y alevosía.
STS 1286/2014 (5/3/2014)	Asesinato alevoso con agravante de parentesco	Por desvalimiento	NO (en lugar de alevosía, se aprecia abuso de superioridad)	- Elementos probatorios de la alevosía: a pesar de tener diez años las víctimas no se elimina la posibilidad de defensa. La agresión se produce de forma continua, sin un parón que permita el relajo de las víctimas y un ataque cuando no se espera. - Alevosía sobrevenida. - Alevosía por desvalimiento. - Relación abuso de superioridad y alevosía.
STS 1213/2014 (10/3/2014)	Asesinato alevoso con atenuante de reparación del daño	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: aunque existiese enfrentamiento, no es esperable que el autor saque un arma y dispare a corta distancia.
STS 1184/2014 (13/3/2014)	Lesiones cualificadas del 150 con agravantes de alevosía y parentesco	No se pronuncia	SÍ	- No se pronuncia (la sentencia no trata específicamente de alevosía, se cita por el interés que presenta la compatibilidad de la alevosía con las lesiones)
STS 1294/2014 (14/3/2014)	Homicidio doloso	Por desvalimiento y sorpresiva	NO	- Elementos probatorios de la alevosía: dos personas abordan a cuatro, el ataque es de frente y abierto, y está precedido de una fuerte discusión, lo que hace previsible las intenciones poco amigables cuando vuelven. - Examen en un juicio ex ante de las posibilidades de defensa.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 1114/2014 (19/3/2014)	Asesinato alevoso con agravante de parentesco	Por desvalimiento	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: la víctima es un recién nacido. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - Carácter alevoso de la muerte de recién nacidos.
STS 1415/2014 (31/3/2014)	Lesiones cualificadas del 150 con agravante de alevosía	No se pronuncia	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - La alevosía se basa en el uso de explosivos.
STS 1458/2014 (2/4/2014)	Asesinato alevoso y tentativa de asesinato alevoso	Sorpresiva	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: ataque con arma de fuego frente a víctimas inermes. - La sorpresa no es imprescindible para apreciar la alevosía. - La utilización de arma de fuego frente a víctima inermes ordinariamente es alevosa. - Tipo de defensa que excluye la alevosía: activa o eficaz.
STS 1817/2014 (2/4/2014)	Asesinato alevoso y por precio, recompensa o promesa	Sorpresiva	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: vigilancias y seguimientos para elegir el momento adecuado para la muerte, y ejecución de ésta por detrás con un disparo en la nuca. - Comunicabilidad de la alevosía a inductor y cooperadores necesarios. - La suficiencia del dolo eventual para imputar la alevosía a los partícipes. (art. 65.2 / principio de accesoriedad de la participación junto al principio de culpabilidad). - La contratación de un sicario como causa para el conocimiento del inductor de la alta probabilidad de que actúe alevosamente.
STS 1465/2014 (16/4/2014)	Tentativa de asesinato alevoso con agravante de disfraz	Sorpresiva y por desvalimiento	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: ataque sorpresivo con una catana y una pistola por la mañana y en casa de la víctima. Se le dispara cuando no podía esperar el ataque debido a estar mermado por los golpes de la catana. - Esencia o núcleo de la alevosía. - Tipo de defensa que excluye la alevosía: activa o eficaz. - Modalidades de la alevosía. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Alevosía primero sorpresiva y después por prevalimiento.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 1745/2014 (16/4/2014)	Lesiones del 148.1 con agravantes de alevosía y ensañamiento y atenuante de reparación del daño	No se pronuncia	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: seis coautores con armas peligrosas. - Individualización de la pena. - Compatibilidad de la alevosía con las lesiones cualificadas del 148.1.
STS 2097/2014 (12/5/2014)	Tentativa de asesinato alevoso con atenuante de confesión	No se pronuncia	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: aprovechamiento de la sorpresa. - Compatibilidad de la alevosía con la agravante de abuso de confianza: existen áreas de inherencia.
STS 3465/2014 (13/5/2014)	Lesiones en el ámbito familiar del 153.1 y 153.2	Por desvalimiento	SÍ (se aprecian lesiones cualificadas del 148.1, .2, .3 y .5)	- Compatibilidad de la alevosía con otros subapartados del 148: no se aprecia la alevosía como agravante.
STS 2243/2014 (21/5/2014)	Asesinato alevoso y tentativa de asesinato alevoso con agravante de parentesco	No se pronuncia	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: es incompatible con el relato fáctico (atropello)
STS 2432/2014 (10/6/2014)	Asesinato alevoso	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: los acusados sorprenden en su domicilio a la víctima, en un lugar solitario y apartado, le inmovilizan con ataduras y le golpean. Las heridas de defensa no son activas. - Esencia o núcleo de la alevosía. - Tipo de defensa que excluye la alevosía: activa o eficaz. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de la alevosía. - Compatibilidad alevosía con dolo eventual.
STS 3134/2014 (11/6/2014)	Homicidio doloso con abuso de superioridad	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: el autor con las luces apagadas enviste con el coche a la víctima por la espalda, que no lo esperaba ni tuvo posibilidad de defensa. - Compatibilidad elemento subjetivo de la alevosía con alteraciones del ánimo (acaloramiento, desinhibición por ingesta alcohólica, ira). - La alevosía no exige premeditación. - Riña previa.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 2853/2014 (18/6/2014)	Tentativa de homicidio doloso	Por desvalimiento	NO (en lugar de alevosía, se aprecia abuso de superioridad)	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: la víctima pudo huir en busca de ayuda. - Alevosía sobrevenida. - Principio acusatorio (alevosía y abuso de superioridad) - Relación abuso de superioridad y alevosía. - La alevosía absorbe circunstancias de nocturnidad y despoblado.
STS 2699/2014 (1/7/2014)	Asesinato alevoso con atenuante de confesión	No se pronuncia	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: el autor confiesa haber golpeado por la espalda a la víctima con un mazo y luego acuchillarla cuando estaba aturdida. - Modalidades de alevosía. - Riña previa - Compatibilidad de alevosía con enajenación y trastorno mental transitorio. - Relación abuso de superioridad y alevosía.
STS 3140/2014 (10/7/2014)	Asesinato alevoso y por precio, recompensa o promesa	No se pronuncia	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: una mujer llama a la víctima con la que mantiene una relación para quedar en un lugar solitario donde el autor aparece por sorpresa con un arma para matarla y sin que tenga posibilidad de defensa.
STS 3130/2014 (14/7/2014)	Homicidio con agravante de abuso de superioridad y atenuante mixta de estado pasional y embriaguez	Proditoria	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: tras un incidente, el autor va a su casa, coge un arma, vuelve y dispara con una escopeta a la víctima por la espalda. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Núcleo o esencia de la alevosía. - Compatibilidad de alevosía con circunstancias de aprovechamiento de lugar y tiempo: normalmente compatibles, en el caso no. - Principio acusatorio (alevosía y abuso de superioridad)
STS 3569/2014 (24/9/2014)	Asesinato alevoso y tentativa de asesinato alevoso agravada con parentesco	No se pronuncia	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: ataque a durmientes, por sorpresa

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 4699/2014 (7/10/2014)	Asesinato	No se pronuncia	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: ataque sorpresivo con arma de fuego. - Elementos o requisitos de la alevosía.
STS 3814/2014 (7/10/2014)	Asesinato con ensañamiento y con agravantes de abuso de superioridad y parentesco	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: ataque sorpresivo con un banqueta, proseguido con un cuchillo jamonero, un alargador eléctrico y un martillo.
STS 4775/2014 (11/11/2014)	Homicidio doloso agravado con abuso de superioridad	Sorpresiva	NO	- Elementos probatorios de la alevosía: no se demuestra la forma concreta en que se efectuó la agresión.
STS 5086/2014 (24/11/2014)	Tentativa de asesinato	Por desvalimiento	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: víctima desvanecida en el suelo.
STS 5088/2014 (3/12/2014)	Asesinato alevoso	No se pronuncia	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: víctima dormida y anciana frente a tres agresores. - Compatibilidad alevosía con dolo eventual.
STS 5663/2014 (10/12/2014)	Asesinato alevoso	Sorpresiva	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: ataque sorpresivo y uso de arma de fuego frente a víctima no armada. - El uso de arma de fuego no automáticamente determina alevosía (en el caso sí). - El coautor que no disparó no responde por alevosía (sino por abuso): el uso de arma no significa siempre alevosía. - Tipo de defensa que excluye la alevosía: forcejeo e intento de huida no constituyen defensa efectiva.
STS 5206/2014 (10/12/2014)	Asesinato alevoso con agravante de parentesco	No se pronuncia	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: uso de cuchillo ante inermidad de la víctima después de un enfrentamiento previo. - Alevosía sobrevenida/riña previa.
STS 5664/2014 (11/12/2014)	Tentativa de homicidio doloso	No se pronuncia	NO	- Aunque la alevosía no se puede aplicar por el principio acusatorio, el tribunal la puede tener en cuenta para la determinación de la cuantía de la pena.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 5083/2014 (12/12/2014)	Homicidio doloso con agravante de parentesco y con atenuante de intoxicación etílica	No se pronuncia	NO	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: no hay solución de continuidad entre la discusión y la agresión que le quita la vida. - Alevosía sobrevenida. - Esencia de la alevosía. - Tipo de defensa que excluye la alevosía: eficaz. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de alevosía. - Examen en un juicio ex ante de las posibilidades de defensa.
STS 5442/2014 (26/12/2014)	Asesinato con ensañamiento, y con agravantes de abuso de superioridad y parentesco	No se pronuncia	NO	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: no hay solución de continuidad entre las distintas puñaladas y se desconoce la concreta forma en que se efectuó la agresión. - Esencia de la alevosía. - Tipo de defensa que excluye la alevosía: eficaz. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de alevosía. - Riña previa/Alevosía sobrevenida. - Examen en un juicio ex ante de las posibilidades de defensa.
STS 5732/2014 (30/12/2014)	Lesiones cualificadas del 148.5 con agravantes de alevosía y parentesco	No se pronuncia	NO (en lugar de las lesiones cualificadas se aprecian lesiones imprudentes del 152.1 2º)	<ul style="list-style-type: none"> - Incompatibilidad de la alevosía con las lesiones imprudentes
2015				
STS 218/2015 (28/1/2015)	Asesinato alevoso	Sorpresiva y por desvalimiento	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: víctima de 66 años que estaba acostada frente a tres atacantes. Inexistencia de heridas de defensa o ataque. - Compatibilidad alevosía con dolo eventual.
STS 543/2015 (6/2/2015)	Lesiones cualificadas del 149.1 con agravantes de parentesco y alevosía	No se pronuncia	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - No se pronuncia (la sentencia no trata específicamente de alevosía, se cita por el interés que presenta la compatibilidad de la alevosía con las lesiones)

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 834/2015 (10/2/2015)	Tentativa de asesinato alevoso con agravante de parentesco y disfraz	Sorpresiva	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: el entorno espacio-temporal es escogido buscando la indefensión (ataque sorpresivo en casa familiar, madrugada, en la cama mientras duermen). - Examen en un juicio ex ante de las posibilidades de defensa. - Compatibilidad de la alevosía con la agravante de disfraz.
STS 662/2015 (12/2/2015)	Homicidio doloso con agravantes de abuso de superioridad y parentesco	Por desvalimiento	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: acuchillamiento a víctima desarmada, embriagada y aturdida por golpes previos. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Alevosía sobrevenida.
STS 417/2015 (13/2/2015)	Tentativa de homicidio doloso	Sorpresiva	NO (en lugar de alevosía, se aprecia abuso de superioridad)	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: la víctima hace cierta defensa y llama en auxilio a terceros. - Relación alevosía con abuso de superioridad. - Principio acusatorio (alevosía y abuso de superioridad)
STS 677/2015 (25/2/2015)	Tentativa de asesinato alevoso con agravante de parentesco	Sorpresiva y proditoria	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: veneno y ataque por la espalda con cuchillo a una víctima bajo los efectos del alcohol y el veneno. - Esencia de la alevosía. - Tipo de defensa que excluye la alevosía: eficaz. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de alevosía. - Alevosía sobrevenida.
STS 825/2015 (2/3/2015)	Asesinato alevoso y con ensañamiento, con agravante de parentesco y atenuante de confesión	Sorpresiva y convivencial o doméstica	Sí	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: ataque sorpresivo con cuchillo sin tiempo para reaccionar confesado por el autor. Los mensajes de amor no hacían presagiar la agresión. - Esencia de la alevosía. - Tipo de defensa que excluye la alevosía: eficaz. - Alevosía convivencial o doméstica
STS 841/2015 (3/3/2015)	Asesinato con ensañamiento y agravantes de parentesco y abuso de superioridad	No se pronuncia	NO	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: el factum no permite la aplicación de alevosía.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 1061/2015 (4/3/2015)	Asesinato alevoso con agravante de parentesco	No se pronuncia	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: escenario y heridas de la víctima descartan prevención y posibilidad de defensa de ésta.
STS 976/2015 (10/3/2015)	Tentativa de asesinato alevoso	No se pronuncia	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: ataque por la espalda repentino con arma blanca, corroborado por testigo, que elimino posibilidad de defensa. - Compatibilidad alevosía con dolo eventual.
STS 824/2015 (12/3/2015)	Asesinato alevoso	No se pronuncia	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: ataque por la espalda súbito e imprevisible con un cuchillo cuando la víctima huye de un robo. - Esencia de la alevosía. - Tipo de defensa que excluye la alevosía: activa o eficaz. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de alevosía. - Alevosía sobrevenida. - Compatibilidad de alevosía con dolo eventual.
STS 1099/2015 (16/3/2015)	Tentativa de homicidio doloso	No se pronuncia	NO (se terminan apreciando unas lesiones del 147)	No se aplica la alevosía porque no ha sido postulada en las calificaciones, pero el Tribunal Supremo la tiene en cuenta para la individualización judicial de la pena.
STS 1257/2015 (17/3/2015)	Asesinato alevoso con agravante de parentesco y eximente incompleta de enajenación mental	No se pronuncia	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: caída de la víctima en una bañera por un empujón y estrangulamiento súbito desde atrás. - Compatibilidad de la alevosía con enajenación mental.
STS 1555/2015 (10/4/2015)	Asesinato alevoso con agravante de parentesco	No se pronuncia	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: número, naturaleza e importancia de las lesiones (pasividad de la víctima). El autor no presenta ni un rasguño. Ningún objeto del escenario fue afectado.
STS 1956/2015 (14/4/2015)	Asesinato alevoso con agravante de parentesco y atenuante analógica de reparación del daño	No se pronuncia	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: estrangulamiento con una cuerda una vez que la víctima está inmovilizada boca abajo. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de alevosía. - Alevosía sobrevenida.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 1746/2015 (25/4/2015)	Asesinato alevoso por precio, recompensa o promesa	Proditoria y sorpresiva	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: entorno, planificación y espera al acecho. Ataque sorpresivo con cuchillo y barra frente a desprevenido y desarmado. - Examen en un juicio ex ante de las posibilidades de defensa.
STS 2446/2015 (4/5/2015)	Tentativa de asesinato alevoso con agravantes de actuar por motivos ideológicos y disfraz, y atenuante muy cualificada de reparación del daño	Sorpresiva	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: grupo numeroso, armado que ataca de manera irracional y sorpresiva a quien no conocen ni con quien tienen relación. - Carácter alevoso de ataques irracionales e inmotivados de grupo contra una persona que camina por la calle. - Esencia de la alevosía. - Tipo de defensa que excluye la alevosía: activa o eficaz. - Elementos o requisitos de la alevosía. - Modalidades de alevosía.
STS 2719/2015 (7/5/2015)	Asesinato alevoso y tentativa de asesinato alevoso con agravante de disfraz	Por desvalimiento y sorpresiva	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: ataque a un durmiente, a otra víctima desprevenida de espaldas y a dos niños de 9 y 7 años.
STS 2204/2015 (19/5/2015)	Asesinato alevoso con agravante de reincidencia	Sorpresiva	SÍ	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: acción sorpresiva con objeto contundente y cuchillo. No hay signos de enfrentamiento, y existe una confianza de la víctima basada en relación personal. - La alevosía no es incompatible con que se tome en cuenta el número y localización de las heridas para individualizar la pena.
STS 2946/2015 (21/5/2015)	Lesiones cualificadas del 150 y falta de lesiones del 617 ambos agravados por alevosía	Sorpresiva	NO (en lugar de alevosía, se aprecia abuso de superioridad)	<ul style="list-style-type: none"> - Elementos probatorios de la alevosía: a pesar de ataque sorpresivo hubo enfrentamiento previo. Eran tres atacantes frente a dos víctimas, éstas tuvieron cierta posibilidad de defensa, y los agresores no utilizaron instrumento que reforzara la potencia agresiva. - Relación alevosía con abuso de superioridad. - Principio acusatorio (alevosía y abuso de superioridad) - Pese al cambio de circunstancia la pena aplicar es la misma.

Referencia ROJ de la Sentencia	Delito contra las personas por el que se condena (o en su caso absuelve) en la sentencia recurrida	Modalidad alevosa discutida en la sentencia	¿Se estima la alevosía?	Cuestiones tratadas
STS 2341/2015 (9/6/2015)	Asesinato alevoso con agravante de parentesco	No se pronuncia (por desvalimiento)	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: muerte de dos recién nacidos por sumersión.
STS 3246/2015 (25/6/2015)	Asesinato alevoso	No se pronuncia	SÍ	- Elementos probatorios de la alevosía: planificación conjunta con el ejecutor del acceso a vivienda portando arma de fuego.